نص خليل باب الإِيدَاعُ تَوْكِيلُ بِحِفْظِ مَالٍ تُضْمَنُ بِسُقُوطِ شَيْءٍ عَلَيْهَا لاَ إن انْكَسَرَتْ فِي نَقْلِ مِثْلِهَا وَبِخَلْطِهَا.

متن الحطاب ص: باب الإيداع توكيل بحفظ مال ش: قال ابن عرفة: الوديعة بمعنى الإيداع نقل مجرد حفظ ملك ينقل. فيدخل إيداع الوثائق بذكر الحقوق، ويخرج حفظ الإيصاء والوكالة لأنهما لأزيد [منه[1]]

251 وحفظ / الربع، وقول ابن الحاجب كابن شاس تابعين للغزالي: "استنابة في حفظ مال" يبطل عكسه ما دخل، وطرده ما خرج، وبمعنى لفظها متملك نقل [مجرد[2]] حفظه ينقل وهو المستعمل في عرف الفقهاء، ولا يتناوله لفظ ابن شاس. انتهى. وقوله: "ينقل صفة" لقوله: "متملك" ولو قدم إليه لكان أبين ويدخل في حده استئجار حارس لمتاع ونحوه وإخراجه حفظ الربع من الوديعة غير ظاهر. قال في كتاب الهبة من المدونة: وإذا قلت [قبلت وقبضت[3]] في الأرض الغائبة لم يكن حوزا، وذلك كالإشهاد على الإقرار بالحوز إلا أن يكون له في يديك أرض أو دار أو رقيق بكراء أو عارية أو وديعة وذلك ببلد آخر فوهبك ذلك فإن قولك قبلت حوز. انتهى. وبهذا رد الوانوغي على ابن عرفة فقال: هذا ينقض قول ابن عرفة في مختصره ردا على ابن الحاجب إن حفظ الربع ونحوه مما لا ينتقل يبطل طرد حد ابن الحاجب. قال: ودعوى اللف والنشر في هذا المقام بعيد. اهـ.

وقال المشذالي: وجه النقض على ابن عرفة بمسألة المدونة، لأن ظاهر قوله: "أو وديعة" راجع إلى الأرض، وما ذكر معها فصح كون الربع عنده مما يصح إيداعه فبطل اشتراط كون المودع مما ينقل فيكون إذ ذاك مراد الدخول لا مراد الخروج، وأما قوله: "ودعوى [اللف"[4]] إلى آخره فهو استبعاد لدفع مقدر، تقديره أن يقال لا نسلم صحة النقض، وقولكم إن وديعة راجع للجميع ممنوع، بل الكلام فيه لف ونشر، فقوله: "عارية" راجع إلى الأرض، وقوله: "أو وديعة" راجع إلى الرقيق. وقال المشذالي: وهذا وإن كان ممكنا إلا أنه بعيد كما قال لكونه على خلاف الظاهر، ولا دليل يصرف عنه فوجب الوقوف عنده. انتهى. ولم يذكر أحد إخراج العقار من حكم الوديعة. والله أعلم. وحكمها قال ابن عرفة هي من حيث ذاتها للفاعل والقابل مباحة وقد يعرض وجوبها كخائف فقدها [الموجب[5]] هلاكه أو [فقره[6]] إن لم يودعها مع وجود قابل لها يقدر على حفظها وحرمتها كمودع شيء غصبه ولا يقدر القابل على جحدها [لردها[7]] لربها أو للفقراء إن كان المودع مستغرق الذمة، ولذا ذكر عياض في مداركه عن بعض الشيوخ أن من قبل وديعة من مستغرق ذمة ثم ردها إليه ضمنها للفقراء. ابن شعبان: من سئل قبول وديعة ليس عليه قبولها وإن لم يوجد غيره.

قلت: ما لم يتعين عليه قبولها بهلاكها إن لم يقبلها مع قدرته على حفظها كرفقة فيها من يحترمه من أغار عليها أو ذي حرمة بحاضرة تعرض ظالم لبعض أهلها، وندبها حيث يخشى ما يوجبها دون تحققه، وكراهتها حيث يخشى ما يحرمها دون تحققه. انتهى. وانظر الذخيرة، وفي مسائل القابسي من البرزلي عن ابن الميسي أنه أتاه رجل من جيرانه يشاوره أن أحد هؤلاء القوم؛ يعني الولاة أو

الحديث

---

[1] – في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 250 وم93 ويحيى116 والشيخ202.

[2] – في المطبوع مطلق وم93 ويحيى116 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 251 والشيخ202.

[3] – في المطبوع قبضت وبعث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم93 ويحيى116 والشيخ202.

[4] – في المطبوع الرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم95 ويحيى117 والشيخ202.

[5] – في المطبوع لموجب ويحيى117 والشيخ203 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 وم95.

[6] *– في المطبوع أو فقده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد44 ويحيى117 والشيخ203.

[7] – في المطبوع الردها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 251 والشيخ203.

نص خليل إلاَّ كَقَمْحٍ بِمِثْلِهِ أَوْ دَرَاهِمَ بِدَنَانِيرَ.

متن الحطاب الغصاب أراد أن يستودعه مائة دينار، وذكر أنه لا يجد منه بدا فقال له ابن الميسي يا أخي إن كنت تقدر على غرمها فتأخذها منه وتتصدق بها على المساكين فإن سألك فيها غرمتها له ثم ذكر له أن أصحاب سحنون سألوا في كائنة تونس أن رجلا ذهب له فيها شيء وذهب له فيها ذهب وثوب ديباج فرآه يوما في يد جندي فلم يشك أنه ثوبه فاشتراه منه بسبع دنانير ثم مضى بالثوب فلما فتحه إذا هو غير ثوبه. ثم قال: فرجع إلى الجندي فقال يا هذا إنما ظننت أنه ثوبي فلذلك اشتريته فقال له لا عليك ورد الجندي يده إلى منطقته فصب منها دنانير فعد منها سبعة فأعطاها له وانصرف.
قال: فلم يختلف عليه أحد من أصحاب سحنون أن عليه أن يتصدق بالدنانير وبقيمة الثوب أيضا.
قال الشيخ: لأنه رد الثوب إلى غير مالكه. انتهى.
فرع: يجب حفظ الوديعة من التلف ولو أذن ربها في التلف ويضمن إن فعل. قال ابن سلمون: وفي كتاب الاستغناء إذا قال رب الوديعة للمودع ألقها في البحر أو في النار ففعل فهو ضامن للنهي عن إضاعة المال كمن قال لرجل اقتلني أو ولدي. انتهى. ولا شك في

252

الحرمة، وأما وجوب الضمان ففيه نظر، والظاهر دخول الخلاف فيه لإذن المالك في ذلك كمن أذن لرجل في قطع يده.
فرع: قال في كتاب الغصب من المدونة: ومن غصب شيئا ثم أودعه فهلك عند المودع فليس لربه تضمين المودع إلا أن يتعدى. انتهى.
تنبيه: قال في اللباب: أركانها ثلاثة: الصيغة والمودع والمودع. أما الصيغة فهي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على الاستنابة في حفظ المال. انتهى من الذخيرة. قال الشافعي: تفتقر للإيجاب والقبول كالوكالة، وأصلنا يقتضي عدم الاشتراط فيهما كما تقرر في البيع. انتهى. قوله فيهما أي في الإيجاب والقبول، ونزلت مسألة وهي أن رجلا كان جالسا فجاء إنسان فوضع أمامه متاعا ثم ذهب فقام الجالس وتركه فذهب المتاع فالظاهر ضمانه؛ لأن سكوته حين وضع المتاع يدل على قبوله للوديعة. والله أعلم. وقال ابن عرفة: المودع من له التصرف في الوديعة بملك أو تفويض أو ولاية كالقاضي في مال اليتيم والغائب والمجنون والمودع من يظن حفظه، والأظهر أن شرطها باعتبار جواز فعلها وقبولها حاجة الفاعل وظن صونها من القابل فتجوز من الصبي الخائف عليها إن بقيت بيده، وكذا العبد المحجور عليه، ويجوز أن يودعا ما خيف تلفه بيد مودعه إن ظن صونه بيد أحدهما لاحترامهما وثقتهما كأولاد المحترمين وعبيدهم عند نزول بعض الظلمة ببعض البلاد ولقاء الاعراب القوافل، والأصل في [هذا[8]] النصوص [الدالة[9]] على حفظ المال والنهي عن إضاعته. قال اللخمي: في البخاري ومسلم قال النبي صلى الله عليه وسلم {[إن الله[10]] نهى عن إضاعة المال[1]}. انتهى.
ص: **إلا كقمح بمثله ودراهم بدنانير** ش: قوله: "كقمح بمثله" شامل [لخلط[11]] كل جنس بجنسه المماثل له حتى الدراهم والدنانير بمثلها، وهي الصورة الأولى من الصورتين المستثناتين من الضمان بخلط الوديعة والثانية هي التي أشار إليها الشيخ بقوله: "ودراهم بدنانير" وهي إذا خلط

الحديث 1- إن الله حرم عليكم عقوق الأمهات ووأد البنات ومنع وهات وكره لكم قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال. البخاري الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض، ط. دار الفجر، رقم الحديث2480.
– إن الله حرم ثلاثا ونهى عن ثلاث حرم عقوق الوالد ووأد البنات ولا وهات ونهى عن ثلاث قيل وقال وكثرة السؤال وإضاعة المال، مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث1715.

---

[8] *– في المطبوع في هذه وما بين المعقوفين من ن عدود ص252.
[9] – في المطبوع الرأفة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم95 والشيخ204.
[10] *– ساقطة من المطبوع ومن م95 وسيد44 والشيخ204 وقد وردت في ابن عرفة باب الوديعة ص66 مخطوط بمكتبة أحمد سالك ولد ابّوه.
[11] – في المطبوع لحفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 وم95 ويحيى117 والشيخ204.

نص خليل لِلإحْرَازِ ثمَّ إنْ تَلِفَ بَعْضُهُ فَبَيْنَكُمَا إلاَّ أنْ يَتَمَيَّزَ.

متن الحطاب الجنس بغير جنسه ولكن يمكن ميزه بسهولة. قال في الجواهر: الثالث من أسباب التقصير في الوديعة خلط الوديعة بما لا [تتميز[12]] عنه مما هو غير مماثل [لها[13]] كخلط القمح بالشعير وشبهه، فأما خلطها بجنسها المماثل لها جودة ورداءة كحنطة بمثلها أو ذهب بمثله أو بما يتميز عنه ولا يختلط به كذهب بورق فلا يضمن. انتهى. وفي المدونة: من أودعته دنانير أو دراهم فخلطها بمثلها ثم ضاع المال لم يضمن، وإن ضاع بعضه كان ما ضاع وما بقي بينكما لأن دراهمك لا تعرف من دراهمه ولو عرفت بعينها كانت مصيبة دراهم كل واحد منه ولا يغيرها الخلط، وإن أودعته حنطة فخلطها بحنطة، فإن كانت مثلها وفعل ذلك بها على الإحراز [والرفع[14]] فهلك الجميع لم يضمن، وإن كانت مختلفة ضمن، وكذلك إن خلط حنطتك بشعير ثم ضاع الجميع فهو ضامن لأنه قد أفاتها بالخلط قبل هلاكها. انتهى.

ص: للإحراز ش: قال ابن غازي: إنما ذكر هذا القيد في المدونة في الصورة الأولى، وأما الثانية فلم يذكره فيها أصلا. انتهى. قال بعض الناس وهو خاص أيضا ببعض أفراد الصورة الأولى وهو الحنطة ومشابهاتها وأما الدنانير والدراهم فلا يشترط فيهما الإحراز وهذا ليس بصحيح فقد قال أبو الحسن الصغير في قوله في المدونة المتقدم: ومن أودعته دراهم أو دنانير فخلطها [ما نصه الشيخ[15]] يعني على وجه الإحراز [والرفع[16]] لا على وجه التمليك قاله أبو عمران في الطعام بعده. انتهى. ويعني -والله أعلم- بقوله: "قاله أبو عمران في الطعام بعده" أن أبا عمران لما تكلم على قوله في المدونة في الطعام وفعل ذلك بها على وجه الإحراز قال: وكذلك الدنانير والدراهم فإن القاضي كذلك فعل في التنبيهات، ونصه: قوله في خلط الحنطة إذا خلطها على وجه [الرفع[17]] [والإحراز[18]] فلا ضمان عليه.

تنبيه: إن خلطه بما يخلط إنما [لا[19]] يضمنه إذا كان لهذا وشبهه من النظر؛ لأن جمعها أحرز لها من تفريقها [وأرفق به[20]] من شغل مخزنين بذلك وكرائهما وحفظهما، وهو المراد/ [بالرفع[21]]، وأن الخلط إذا كان لغير هذا من تعد أو أخذها لنفسه أنه فيه ضامن ولا فرق في هذا بين الطعام والدراهم، وقوله: "لأن دراهم هذا تعرف من دراهم هذا" يدل على أنها مختلفة، وإن خلط الدراهم المختلفة لا يضمن فيها لأنها تتميز، وكذلك يجب لو خلط دنانير عنده وديعة بدراهم [له[22]] في كيس لم يضمن. [اهـ[23]] فتأمله تجده يدل على أن الإحراز قيد في الصورتين معا. والله أعلم. 253

ص: **ثم إن تلف بعضه فبينكما إلا أن يتميز** ش: يشير به إلى ما تقدم عن المدونة. قال اللخمي: وإذا خلط الدراهم أو الطعام بمثله ثم ضاع بعد ذلك كانا شريكين في الباقي على قدر ما لكل واحد

الحديث

---

[12] *- في المطبوع والشيخ204 ويحيى118 يتميز وما بين المعقوفين من الجواهر ج2 ص723 وفي م94 تميز.
[13] *- في المطبوع له وما بين المعقوفين من الشيخ204 ويحيى118 وم94 وسيد44 والجواهر ج2 ص723.
[14] – في المطبوع والدفع وما بين المعقوفين من الشيخ204 وسيد44.
[15] – ساقطة من المطبوع وم95 ويحيى118 والشيخ204 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252.
[16] *- في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م95 وسيد44.
[17] *- في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م95 وسيد44 والشيخ204.
[18] – في المطبوع للاحراز وما بين المعقوفين من ن ذي ص 252 وم95 ويحيى118 والشيخ204.
[19] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 252 وم95 ويحيى118 والشيخ204.
[20] *- في المطبوع أرفق بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص252.
[21] *- في المطبوع بالدفع وما بين المعقوفين من م95 والشيخ204 وسيد44 ويحيى118.
[22] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم95 ويحيى118 والشيخ205.
[23] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم95 ويحيى118 والشيخ205.

نص خليل

وَبِانْتِفَاعِهِ بِهَا أَوْ سَفَرِهِ إِنْ قَدَرَ عَلَى أَمِينٍ إِلاَّ أَنْ تُرَدَّ سَالِمَةً وَحَرُمَ سَلَفُ مُقَوَّمٍ وَمُعْدِمٍ وَكُرِهَ النَّقْدُ وَالْمِثْلِيُّ كَالتِّجَارَةِ وَالرِّبْحُ لَهُ.

متن الحطاب

منهما، ويتفق في هذا مالك وابن القاسم لأنهما كانا شريكين قبل الضياع بوجه جائز. انتهى. ونقله ابن عرفة، وخلاف مالك وابن القاسم المشار له هو ما ذكره في المدونة في تضمين الصناع، ونصه: قال [مالك[24]] ومن اختلط له دينار مع مائة دينار لغيره، ثم ضاع من الجملة دينار فهما فيه شريكان صاحب الدينار بجزء من مائة جزء وجزء [وصاحب المائة بمائة جزء من مائة جزء وجزء،[25]] وقال ابن القاسم وابن [أبي[26]] سلمة لصاحب المائة تسعة وتسعون ويقتسمان الدينار الباقي. [قال[27]] ابن يونس: [يريد[28]] ولو لم يبق إلا دينار واحد لقسم بينهما نصفين على قوليهما،

254 لأن كل واحد يدعيه لنفسه. انتهى. وقال/ المشذالي في حاشيته على هذا المحل: قال ابن سهل: ابن القاسم وابن أبي سلمة: وكذلك الشاة تختلط بغنم فتبهم. ثم ذكر مسألتين إحداهما من سماع عيسى، والثانية من سماع يحيى من كتاب الوديعة، ثم ذكر مسألة من ألغاز ابن فرحون فراجعه. والله أعلم.

فرع: إذا خلط الوديعة بما لا يجوز خلطها به وقلنا يضمن فليس معناه أنه لا [يضمنها[29]] إلا إذا تلفت، بل يضمنها بمجرد الخلط يتبين ذلك بما قال اللخمي، ونصه: وإذا كان عند رجل وديعتان قمح وشعير فخلطهما ضمن لكل واحد مثل ما خلط له. انتهى.

ص: وبانتفاعه بها ش: انظر إذا انتفع بها وردها سالمة هل يلزمه كراء مثلها أم لا؟ وسيأتي في أول الغصب عن التنبيهات ما يدل على أن عليه الكراء فراجعه.

ص: وحرم سلف مقوم ومعدم وكره النقد والمثلي ش: قال اللخمي: وكالمقوم ما يكال أو يوزن إذا كان يكثر اختلافه ولا يتحصل أمثاله، ثم قال بعد أن ذكر الاختلاف في القمح والشعير والدراهم: وأرى أن ينظر إلى المودع، فإن كان يعلم منه أنه لا يكره ذلك فيما بينه وبين المودع أو معه كرم طبع جاز، وإن كان يعلم منه الكراهية لم يجز، لأنه لو حجر ذلك عليه من حين الدفع [أو قال أحرج عليك[30]] إن تسلفتها لم يختلف في أنه ممنوع من الانتفاع بها، وإن أشكل أمره كره ذلك. انتهى.

فرع: قال في الرسالة: "وإن باع الوديعة وهي عرض فربها مخير في الثمن أو القيمة يوم التعدي" قال الجزولي وغيره: وإن كان مكيلا أو موزونا فربه مخير في الثمن أو المثل، وقال ابن يونس في كتاب الوديعة: ولو كانت الوديعة طعاما أو سلعة فرب الوديعة مخير إن شاء أغرمه مثل طعامه وقيمة سلعته إن فات ذلك، فإن لم يفت أخذه بعينه، وإن شاء أخذ ما أخذ فيها من ثمن أو جارية أو غيره.

255 انتهى. والله أعلم./

ص: كالتجارة والربح له ش: قال الشارح في الوسط: أي وكذا تحرم التجارة بالوديعة بغير إذن ربها، فإن تجر فربح كان الربح له، وقاله في المدونة، ونحوه في الشرح الصغير، والذي في المدونة إنما هو الكراهة كما هو ظاهر كلام المصنف، وعلى ذلك حمله في الكبير، ويوجد ذلك في بعض نسخ الوسط وهو الصواب، ونص المدونة: ومن أودعته مالا فتجر به فالربح له، وليس عليه أن يتصدق بالربح،

الحديث

....

---

24 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص453.

25 – ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في ن عدود ص253 والشيخ205 وسيد44 والمدونة ج8 ص25.

26 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم96 ويحيى118 والشيخ205.

27 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم96 ويحيى118.

28 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 253 وم96 ويحيى118 والشيخ205.

29 – في المطبوع يضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص254.

30 *– في المطبوع أو قال لا حرج عليك وفي يحيى118 أو قال اخرج عليك ولعلها أحرج وأقر الشيخ محمد سالم هذا التعليق.

نص خليل وَبَرِئَ إنْ رَدَّ غَيْرَ الْمُحَرَّمِ إلاَّ بِإِذْنٍ أَوْ يَقُولَ إن احْتَجْت فَخُذْ وَضَمِنَ الْمَأْخُوذ فَقَطْ أَوْ بِقُفْلٍ بِنَهْيٍ أَوْ بِوَضْعٍ بِنُحَاس فِي أَمْرِهِ بِفَخَّارٍ.

متن الحطاب [وتكره[31]] التجارة بالوديعة. قال أبو الحسن الصغير: وكذلك الوصي يتجر بمال الأيتام أن الربح له بخلاف المبضع معه والمقارض. قال عبد الحق: الفرق بينهما أن المبضع معه والمقارض إنما دفع المال إليهما على طلب الفضل فيه، فليس لهما أن يجعلا ذلك لأنفسهما دون رب المال، والمودع لم يدخل على طلب الفضل، وإنما أراد حفظها له فله أصل المال دون الربح. صح من النكت. الشيخ: والوصي أيضا إنما عليه حفظ مال اليتيم. انتهى. وفي المدونة: ومن أبضع معه ببضاعة يشتري بها شيئا فتجر فيها، فإن تلفت ضمن، وإن ربح فالربح للمالك بخلاف الوديعة؛ لأن المبضع طلب الربح فليس للمبضع معه قطعه عنه ونقله إلى ملكه، فإن تلف المال ضمن بتعديه، والمودع إنما قصد الحفظ فقط فلم يكن له من الربح شيء. انتهى. وفي أول كتاب القراض من المنتقى ما نصه: ولم يختلف أصحابنا [في المبضع[32]] معه المال يبتاع به لنفسه أن صاحب المال مخير بين أن يأخذ ما ابتاع به لنفسه أو يضمنه رأس المال لأنه إنما دفع إليه المال على النيابة عنه في عرضه وابتياع ما أمره به فكان أحق بما ابتاعه، وهذا إذا ظفر بالأمر قبل بيع ما ابتاعه، فإن فات ما ابتاعه به فإن ربحه لرب المال وخسارته على المبضع معه. انتهى.

ص: وبرىء إن رد غير المحرم ش: هو كقول ابن الحاجب: وإذا تسلف مالا يحرم تسلفه ثم رد مكانها مثلها فتلف المثل برىء على المشهور. ابن عبد السلام: قيد المسألة بما لا يحرم تسلفه ليدخل فيه المكروه، ويخرج منه العرض وتسلف المعدم للعين، وفي خروج المعدم/ من ذلك نظر؛ لأن ربها إنما يكره تسلفها للمعدم خشية أن لا يردها أو يردها بعسر، فإن ردها فقد انتفت العلة التي لأجلها منع من تسلفها. انتهى. ونحوه في التوضيح، وقال في المدونة: ولو كانت أي الوديعة ثيابا فلبسها حتى بليت أو استهلكها ثم رد مثلها لم تبرأ ذمته من قيمتها لأنه إنما لزمه قيمة ذلك. انتهى. أبو الحسن: مفهومه لو رد القيمة لبرىء وليس كذلك فإن ذمته لا تبرأ، سواء أوقف القيمة أو المثل. انتهى. والمشهور أنه يبرأ وقيل لا يبرأ ثالثها يبرأ إن ردها بإشهاد ورابعها يبرأ إن كانت منثورة، ولو كانت مصرورة ضمنها ولو ردها. 256

فرع: قال في التوضيح: وعلى المشهور فلا يصدق إلا بيمين. قاله أشهب وكذلك هو في الموازية. انتهى. وقال ابن عرفة: وعلى براءته في تصديقه في ردها دون يمين أو بها، ثالثها إن تسلفها بغير بينة صدق دون يمين، وإلا لم يصدق لقول الشيخ: لم يذكر في المدونة يمينا مع قول الباجي ظاهرها نفيها والشيخ عن محمد مع ابن الماجشون في المنثورة والموازية، وذكر اللخمي الثالث اختيارا له، ولم أقف على من نص على إخراج المعدم من البراءة [إذا تسلف[33]] النقد والمثلي ورده إلا ما يفهم من كلام ابن الحاجب، ولم ينبه على ذلك ابن عرفة ولا غيره.

الحديث ....

---

[31] *- في المطبوع والشيخ205 ويكره وما بين المعقوفين من يحيى119 وسيد44 والتهذيب ج4 ص304.

[32] *- في المطبوع أن المبضع وما بين المعقوفين من المنتقى ج7 ص67.

[33] *- في المطبوع إذا تلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص256.

نص خليل

لاَ إنْ زَادَ قُفْلا أوْ عَكَسَ فِي الْفَخَّار أوْ أمر بِرَبْطٍ بِكُمٍّ فَأخَذَهَا بِالْيَدِ كَجَيْبِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَبِنِسْيَانِهَا فِي مَوْضِعِ إيدَاعِهَا وَبِدُخُولِهِ الْحَمَّامَ بِهَا وَبِخُرُوجِهِ بِهَا يَظُنُّهَا لَهُ فَتَلِفَتْ لاَ إن نَّسِيَهَا فِي كُمِّهِ فَوَقَعَتْ وَلاَ إنْ شَرَطَ عَلَيْهِ الضَّمَانَ وَبِإيدَاعِهَا وَإنْ بِسَفَرٍ.

متن الحطاب

ص: لا إن زاد قفلا ش: قال ابن الحاجب: وأقفل واحدا [فقفل[34]] اثنين قولان. قال في التوضيح: القول بنفي الضمان لابن عبد الحكم، وهو الذي اقتصر عليه في الجواهر، وزاد إلا أن يكون في حالة إغراء للص فيضمن، والقول بالضمان مال إليه ابن يونس، ولا أعلمه منصوصا. انتهى. وقال في الشامل: وبقفل نهاه عنه واختير سقوطه لا إن لم ينهه أو زاد قفلا إلا في حال إغراء اللص.

ص: وبنسيانها في موضع إيداعها إلى قوله لا إن نسيها في كمه فوقعت ش: هو كقول ابن الحاجب ولو نسيها في موضع إيداعها [ضمن بخلاف إذا نسيها في كمه فتقع وقيل سواء. قال في التوضيح: إذا نسيها في موضع إيداعها[35]] فقال مطرف وابن الماجشون وابن حبيب عليه الضمان، بخلاف ما إذا نسيها في كمه فلا ضمان عليه، وقيل سواء. قال في التوضيح: يحتمل في نفي الضمان، ولم أر ذلك في الأولى منصوصا نعم خرجه جماعة من الثانية وخرجه اللخمي وابن رشد من المودع مائة دينار فيدعيها رجلان ونسي أيهما أودعه، ومن اشترى ثوبين بالخيار من رجلين فاختلطا ولم يدر لمن الجيد منهما فقد اختلف هل يضمن لهما أو لا شيء عليه. اللخمي: والعذر بالنسيان أبين لأنه لا يعد بالنسيان مفرطا، ويحتمل أن يريد بقوله سواء أي في الضمان لكن لم أر من قال في الثانية بالضمان. والله أعلم. انتهى كلام التوضيح، ونقل ابن عرفة كلام ابن حبيب وابن الماجشون المتقدم، ونقل قبله عن ابن شعبان ما نصه: ولو أودعه بالطريق فمضى لحاجة قبل إحرازها فضاعت ضمن، ولو جعلها في

257

كمه/ ملقاة لم يكن حوزا. انتهى. ثم قال ابن عرفة لما نقل كلام ابن حبيب ومطرف وابن الماجشون: قوله في سقوطها من كمه خلاف ما تقدم في الزاهي، وبه يفسر كلام ابن الحاجب. انتهى. وقال في الشامل: ولو نسيها في محل إيداعها ضمن على المنصوص. ثم قال: لا إن نسيها في كمه فسقطت على الأصح. انتهى.

وقال ابن الفاكهاني في شرح الرسالة لما عد الأشياء التي توجب الضمان: السابع النسيان، فلو نسيها في موضعه الذي أخذها فيه ضمن عند ابن حبيب، وكذلك لو نسيها فجعلها في كمه وهو يظن أنها له فتلفت فهو ضامن، وقال ابن عبد الحكم: إذا نسيها في مجلسه فضاعت لم يضمن. قال: وهذا الأصل مختلف فيه بين أصحابنا منهم من يجعل نسيانه جناية، ومنهم من لا يرى ذلك. انظر الجواهر. انتهى كلامه. ونظرت الجواهر فلم أر فيها شيئا مما ذكره. والله أعلم.

ص: وبإيداعها وإن بسفر ش: يريد وإن لم يجد لها محملا معه إلا أن يعلم صاحبها أنه لا يجد لها محملا على مذهب المدونة خلافا لابن القاسم في أنه لا ضمان عليه إذا لم يجد لها محملا معه. قاله ابن رشد في رسم شك من سماع ابن القاسم من البضائع والوكالات، وفيه مسألة من أودع معه وديعة لبلد فعرضت له إقامة في الطريق قصيرة كالأيام أو طويلة كالسنة أو متوسطة كالشهرين، فإن بعثها في القصيرة ضمنها، وإن حبسها في الطويلة ضمنها وهو في المتوسطة مخير. هذا الذي ارتضاه ابن رشد، وجمع فيه بين أقوال مالك وأصحابه، وفي نوازل أصبغ من الكتاب المذكور مسألة تتعلق بهذا

الحديث

....

[34] *- في التوضيح، ج6 ص472 فأقفل اثنين فقولان.

[35] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص256. وسيد44 ويحيى119 والشيخ206.

نص خليل

لِغَيْرِ زَوْجَةٍ وَأَمَةٍ اعْتِيدَا بِذَلِكَ إِلاَّ لِعَوْرَةٍ حَدَثَتْ أَوْ لِسَفَرٍ عِنْدَ عَجْزِ الرَّدِّ وَإِنْ أُودِعَ بِسَفَرٍ وَوَجَبَ الإِشْهَادُ بِالْعُذْرِ وَبَرِئَ إِنْ رَجَعَتْ سَالِمَةً وَعَلَيْهِ اسْتِرْجَاعُهَا إِن نَوَى الإِيَابَ وَبِبَعْثِهِ بِهَا وَبِإِنْزَائِهِ عَلَيْهَا فَمُتْنَ وَإِن مِّنَ الْوِلاَدَةِ كَأَمَةٍ زَوَّجَهَا فَمَاتَتْ مِنَ الْوِلاَدَةِ وَبِجَحْدِهَا ثُمَّ فِي قَبُولِ بَيِّنَةِ الرَّدِّ خِلاَفٌ.

متن الحطاب

المعنى فراجعها، وانظر الشيخ أبا الحسن وابن يونس في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة وإن قال الرسول لم أجد الرجل فرددت إليك المال صدق قال هذا إذا كان في البلد معه [وأما[36]] إن كان في غير البلد فهو متعد في الرد لأن الواجب إذا لم يجده إيداعها انظر بقية المسألة، وفي النوادر من كتاب ابن المواز من أبضع معه ببضاعة فليس له أن يودعها غيره ولا أن يبعث بها مع غيره إلا أن تحدث له إقامة في بلد ولا يجد صاحبها ويجد من يخرج إلى حيث أمر صاحبها فله توجيهها، ثم قال: قال مطرف: ولو قال الآمر قد أمرتك أن لا تخرج من يدك ولا تدفعها إلى غيرك وأنكر ذلك المأمور فالمأمور مصدق وإن لم تقم بينة، وقاله ابن الماجشون وأصبغ، وقال: قال مطرف فيه: ولو اجتهد في أنه أمين فإذا هو غير أمين فالضمان عليه. انتهى. ونص على هذا الأخير ابن رشد في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون وتقدم كلامه، وأما قوله إن المأمور مصدق فليس بمخالف لما قاله المصنف في باب الوكالة، "والقول لك إن ادعى الإذن أو صفة له"، وقد نص في سماع أصبغ من كتاب الوديعة على أن القول قول رب الوديعة، ونقل المسألة في الذخيرة ولم يحكيا خلافا. والله أعلم.

258 ص: لغير زوجة وأمة اعتيدتا [بذلك[37]] ش: يعني فلا ضمان عليه، وعكس المسألة نص عليه/ المشذالي في حاشيته، ونصه: قوله [في المدونة[38]] فدفعه لزوجته. انظر العكس. قال الوانوغي: قال عياض: كان أبو جعفر يفتي بعدم ضمانها إذا ضاعت عنده كما لا يضمن هو ما ضاع عندها، وقال غيره تضمن هي ولا يضمن هو، وهو ظاهر المدونة المشذالي ما حكاه الوانوغي عن عياض ذكره في المدارك، وأبو جعفر المشار إليه هو أحمد بن داود الصواف من علماء أفريقية. انتهى. وأشار ابن ناجي في شرح الرسالة إلى هذا.

فرع: رجل طلع إلى سقف فقال لصاحب الحانوت احبس لي هذا الفرو حتى أهبط فاحتاج صاحب الحانوت إلى القيام فقال لرجل آخر انظر الحانوت والفرو حتى آتي فضاع الفرو فأجاب الفقيه أبو الوليد هشام بن أحمد: على صاحب الحانوت الضمان، وهذا يأتي [على أن[39]] الوديعة إذا أودعها غيره أنه ضامن إلا أن يكون عند إرادة سفر. قاله في مسائل ابن الحاج، ونقله ابن سلمون عنها.

فرع: منها رجل حمل بضاعة لرجل فجاء إلى موضع خوف في الطريق فحبسها بيده ثم نزل يبول فوضعها في الأرض، ثم قام ونسي ثم تذكر فرجع إلى الموضع فلم يجدها أو لا يدري أين وضعها؟ فقال ابن الحاج: أفتيت أنا وابن رشد بأنه ضامن، وذكر لي عن الباجي أنه أفتى بأنه لا يضمن. انتهى. والله أعلم.

ص: وبإنزائه عليها ش: تصوره واضح. قال ابن ناجي في شرح الرسالة: ولو ختن المودع علجا

الحديث ....

---

[36] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 257 ويحيى120 والشيخ207.

[37] *– في م96 والشيخ207 لذلك.

[38] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 258 وم96 ويحيى120 والشيخ207.

[39] *– في المطبوع على الوديعة وما بين المعقوفين من يحيى120.

نص خليل

وَبِمَوْتِهِ وَلَمْ يُوصِ وَلَمْ تُوجَدْ إِلاَّ لِكَعَشْرِ سِنِينَ وَأَخْذَهَا إِنْ ثَبَتَ بِكِتَابَةٍ عَلَيْهَا أَنَّهَا لَهُ أَنَّ ذَلِكَ خَطُّهُ أَوْ خَطُّ الْمَيِتِ وَبِسَعْيِهِ بِهَا لِمُصَادِرٍ وَبِمَوْتِ الْمُرْسَلِ مَعَهُ لِبَلَدٍ إِن لَّمْ يَصِلْ إِلَيْهِ وَبِكَلُبْسِ الثَّوْبِ وَرُكُوبِ الدَّابَةِ وَالْقَوْلُ لَهُ أَنَّهُ رَدَّهَا سَالِمَةً إِنْ أَقَرَّ بِالْفِعْلِ وَإِنْ أَكْرَاهَا لِمَكَّةَ وَرَجَعَتْ بِحَالِهَا إِلاَّ أَنَّهُ حَبَسَهَا عَنْ أَسْوَاقِهَا فَلَكَ قِيمَتُهَا يَوْمَ كِرَائِهِ وَلاَ كِرَاءَ أَوْ أَخْذُهُ وَأَخْذُهَا وَبِدَفْعِهَا مُدَّعِيًا أَنَّكَ أَمَرْتَهُ بِهِ وَحَلَفْتَ وَإِلاَّ حَلَفَ وَبَرِئَ إِلاَّ بِبَيِّنَةٍ عَلَى الأَمْرِ وَرَجَعَ عَلَى الْقَابِضِ.

متن الحطاب

أسلم عنده وهو يطيقه فمات من ذلك فإنه ليس بتعد اتفاقا، وسواء قلنا الختان سنة أو واجب. قاله شيخنا أبو مهدي. انتهى. والله أعلم.

259 ص: وبموته ولم يوص بها ولم توجد إلا لكعشر/ سنين ش: هذا فيما إذا لم تكن الوديعة بإشهاد مقصود به التوثق، وإما إن كانت كذلك فلا يسقط الضمان بطول الزمان كما نبه عليه ابن عرفة، واعترض على إطلاق ابن الحاجب، وعلى سكوت شارحيه عليه. والله أعلم.

ص: وأخذها إن ثبت بكتابة عليها إنها له أن ذلك خطه أو خط الميت ش: فاعل ثبت هو قوله: "أن ذلك خطه" وبكتابة متعلق بأخذها، ولو أخره لكان أبين وتقديره وأخذها بكتابة عليها أنها له إن ثبت أن ذلك خطه أو خط الميت.

ص: وبدفعها مدعيا أنك أمرته [به[40]] وحلفت وإلا حلف وبرىء إلا ببينة على [الأمر[41]] ش:

260 قال في كتاب الوديعة من المدونة: ومن/ أودعته وديعة فادعى أنك أمرته بدفعها إلى فلان ففعل، وأنكرت أنت أن تكون أمرته فهو ضامن، إلا أن تقوم [له[42]] بينة أنك أمرته بذلك. قال أبو الحسن: قال سحنون: ويحلف ربها، فإن نكل حلف المودع وبرئ. قال أشهب: سواء أودعته ببينة أو بغير بينة. صح من عياض، وفي المبسوط عن مالك أن لم يشهد ربها عليها بها صدق الرسول أنه أمره بذلك ويحلف، وفي كتاب ابن حبيب لعبد الملك إن الرسول مصدق بكل حال كان دينا أو صلة أنكره القابض أو أقر به إلا أن يقول له اقض عني فلانا دينه علي فيضمن إن لم يشهد. انتهى.

فرع: فلو مات المودع وادعى المودع أنه أمره بدفعها إلى فلان فإنه يضمن ويحلف الورثة على العلم. قال في المدونة في كتاب الصدقة: ولو دفعت في الصحة مالا لمن يفرقه في سبيل الله أو في الفقراء ثم مت أنت قبل إنفاذه فإن أشهدت فإنه ينفذ ما فات وما بقي فهو من رأس المال، فإن لم يشهد فالباقي لورثتك ولو فرق باقيه بعد موتك ضمن البقية لوارثك. قال أبو الحسن: قال عياض: معناه أن الورثة مقرون بذلك، ولو نازعوه لضمن ما فرق وما بقي إن كان لم يشهد بعد أن يحلف منهم من يدعي علمه ممن يظن به ذلك. الشيخ: أي نازعوه أن الميت لم يأمره بذلك. انتهى.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: لا يجوز دفع الوديعة بأمارة أو بكتابة، فإن فعل وجاء المودع فأنكر حلف ما أمره ولا كتب بذلك إليه، وأنه لا حق له عليه [وضمنه[43]] مثلها أو قيمتها ثم يرجع

الحديث ....

---

[40] *- في الشيخ208 وم96 بذلك.

[41] *- في المطبوع الأمر وما بين المعقوفين من م96 ويحيى120 والشيخ208.

[42] - في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن ذي ص 260 وم96 ويحيى120 والشيخ208.

[43] - في المطبوع وضمنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 وم96 وسيد45 ويحيى121.

نص خليل ....

متن الحطاب

المودع على القابض منه، ولا يمنعه من ذلك تصديقه فيما أتى به ولا معرفته بصحة ما جاء به وشهادته بذلك. قاله ابن سهل في كتاب الإقرار. انتهى. وذكر المسألة في موضع ثان. ثم قال: وكذلك المحال عليهم والوكيل حكمهم كذلك، ولا يجبروا بالدفع إلا ببينة على المرسل. انتهى. وذكر المسألة اللخمي في كتاب الوديعة بأتم من هذا، ونصه: وليس على المودع أن يسلم الوديعة بأمارة المودع ولا بكتابته وإن اعترف المودع أنه خطه إلا أن يثبت الرسول عند الحاكم أنه خط المودع.

قال في كتاب محمد: لأن صاحب الحق لو كان حاضرا لم يجب له أخذها حتى يشهد له بما يبرأ به، يريد أن من حقه الإبراء وإشهاده على القبض لأنه لا يبرأ إذا جحد المودع إلا أن يعترف المودع أنه رضي لصاحبها بتسليمها بذلك أو رضي الآن بتسليمها فيلزم ما رضي به، وإن رضي أن يدفعها إلى الرسول بغير أمارة ولا كتاب والوديعة عين والمودع موسر جاز رضاه وألزم ما ألزم نفسه من ذلك، فإن أنكر المودع أن يكون أرسله قام المودع بالمثل ولم يكن على صاحبها في ذلك ضرر، وإن كانت عرضا أو غير ذلك مما لا يقضى على متلفه بالمثل أو عينا والمودع معسر لم يجز ورد رضاه، لأن في ذلك ضررا على صاحبها إن قال لم أبعث، إلا أن يكون الرسول ثقة مأمونا ممن يغلب على الظن صدقه فيمكن من قبضها ويلزم الآخر ما رضي به، [وإذا[44]] وقع الدفع بأمارة أو بكتاب من غير ثبت أو بقول الرسول خاصة، ثم قدم المودع فأنكر أن يكون بعثه كان القول قوله مع يمينه أنه لم يبعثه ولا كتب، ثم يكون بالخيار بين أن يغرم الرسول أو المودع، فإن غرم الرسول لم يرجع بها على المودع، واختلف إذا أغرمها المودع هل يرجع بها على الرسول؟ فقال ابن القاسم في المدونة: إذا صدق الرسول ودفع إليه ثم قدم الغائب وأنكر [وأغرم[45]] المودع كان له أن يرجع بها على الرسول.

وقال أشهب في مدونته لا يرجع بها، وقال محمد بن المواز: إذا دفع بالكتاب أو بأمارة ثم أنكر المودع [وحلف ثم أغرم المودع[46]] كان له أن يرجع على القابض، وعلى قول أشهب أنه لا يرجع، وإن قال المودع أمرتني أن أدفعها إلى فلان وصدقه عليه وأنكر صاحبها ذلك، وأن يكون أذن له في خروجها عن يده كان القول قوله مع يمينه ثم يغرمها أيهما أحب، فإن رجع صاحبها على متلفها لم يرجع به

261 الغارم على الرسول، واختلف إذا رجع صاحبها على الرسول هل يرجع/ الرسول على من قبضها منه؟ فعلى قول أشهب لا يرجع عليه، وقال عبد الملك يرجع، وأرى الرجوع في هذه الأسئلة الأربعة مفرعا فيسقط رجوعه في كل موضع يعترف المودع أن القابض قبض بوجه صحيح، وأن المودع ظالم في إغرامه، ويرجع في كل موضع [يكون من القابض[47]] على شك هل قبض بوجه صحيح أم لا؟ فإذا كان دفعه بخط المودع أو بأمارة أو بقوله ادفعها صدقة عليه لم يرجع، وإن كان دفعه بقول القابض أرسلني إليك

الحديث ....

---

44 – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 ويحيى120 والشيخ209.

45 – في المطبوع وغرم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 260 وم96 ويحيى121 والشيخ209.

46 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص260.

47 *– علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب إما (يكون من القابض شك) وإما (يكون القابض على شك).

نص خليل

وَإنْ بَعَثْتَ إلَيْهِ بِمَال فَقَالَ تَصَدَّقْتَ بِهِ عَلَيَّ وَأَنْكَرْتَ فَالرَّسُولُ شَاهِدٌ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إنْ كَانَ الْمَالُ بِيَدِهِ تَأْوِيلاَنِ وَبِدَعْوَى الرَّدِّ عَلَى وَارِثِكَ أَوِ الْمُرْسَلِ إلَيْهِ الْمُنْكِرِ.

متن الحطاب

رجع لأنه يقول حملت قولك على أنه مصدق لك ولو علمت أن المودع يخالفك لم أدفع إليك شيئا. انتهى.

ص: **وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي وأنكرت فالرسول شاهد وهل مطلقا أو إن كان المال بيده تأويلان** ش: قال في كتاب الوديعة من المدونة: وإن بعثت إليه بمال فقال تصدقت به علي وصدقه الرسول وأنت منكر للصدقة فالرسول شاهد يحلف معه المبعوث إليه ويكون المال صدقة عليه، قال: كيف يحلف ولم يحضر؟ قال: كما يحلف الصبي إذا كبر مع شاهده في دين أبيه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله "كيف يحلف نقله ابن يونس. قيل لمالك: كيف يحلف؟ وانظر جعله يحلف هنا، وهل هي يمين غموس، أو إنما يحلف إذا تحقق ذلك عنده، أو غلب على ظنه؟ واختلف هل يحلف على غلبة الظن؟ على قولين ذكرهما اللخمي في كتاب الشهادات. انتهى.

فرع: قال في الشهادة من المدونة: ومن أودعك وديعة فشهدت عليه أنه تصدق بها على فلان أو أقر له بها حلف فلان مع شهادتك واستحقها إن كان حاضرا، وإن غاب لم تجز شهادتك إن كانت غيبته تنتفع أنت في مثلها. قال أبو الحسن: فإن كانت غيبة لا تنتفع في مثلها جازت الشهادة لارتفاع التهمة. انتهى. قال في النكت: سألت بعض شيوخنا من أهل بلدنا فقلت: أرأيت إن قال للسلطان خذها من يدي لا أريد إمساكها؟ فقال: إن كان [قال[48]] ذلك حين أتى يشهد قال للحاكم إن فلانا أودعني كذا وكذا وقد تصدق به على فلان الغائب فخذه فشهادته جائزة، وإن شهد ولم يذكر ذلك ثم أتى يقول هذا فيتهم أن يقول هذا لينفي الظنة عنه التي قد أبطلت شهادته. انتهى. قال أبو الحسن: ولو قدم الغائب فأراد أن يقوم بشهادته قال ابن شعبان: لا تقبل لأنها قد ردت. انظر اللخمي. انتهى.

ص: **وبدعوى الرد على وارثك** ش: قال ابن الحاجب: ولو ادعى الرد على الوارث لم يقبل، وكذلك دعوى وارث المودع لأنهما لم يأتمناه كاليتيم. ابن عبد السلام: وإذا كان الحكم كذلك في الصورتين فأحرى أن يكون كذلك لو مات المودع ورب الوديعة معا وادعى وارث المودع رد الوديعة إلى وارث ربها. انتهى. وقال ابن عرفة: الشيخ عن الموازية: إن قال المودع أو العامل رددنا المال لوصي الوارث لموت رب المال لم يصدقا إلا ببينة أو إقرار الوصي ولو كان قبضهما بغير بينة؛ لأنهما دفعا لغير من قبضا منه. انتهى. وفي الجواهر: أما دعوى الرد على غير من ائتمنه كدعوى الرد على وارث المالك أو وكيله فلا تقبل إلا ببينة، وكذلك دعوى وارث المودع على المالك تفتقر إلى البينة، وسواء قبض في جميع هذه الصور الثلاث ببينة أو بغير بينة. انتهى.

262

ص: **أو المرسل إليه المنكر** ش: قال/ في الوديعة من المدونة: وإن دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته له وأنكر ذلك الرجل فإن لم يأت الدافع ببينة ضمن ذلك، قبض ذلك منه ببينة أو بغير بينة، ولو شرط الرسول أن يدفع المال إلى من أمرته بغير بينة لم يضمن وإن لم تقم له بينة بالدفع إذا

الحديث ....

---

48 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 261 وم97 ويحيى121 والشيخ210.

نص خليل ....

متن الحطاب

ثبت هذا الشرط . قال أبو الحسن الصغير في شرحه الكبير: مفهومه لو أقر لبرئ الدافع. انتهى.
[و[49]]قال في المدونة بعد ذلك بيسير: ومن [بعثت[50]] معه بمال ليدفعه إلى فلان صدقة أو صلة أو سلفا أو من ثمن مبيع أو ليبتاع لك [به[51]] سلعة فقال دفعته [إليه[52]] وكذبه الرجل لم يبرأ الرسول إلا ببينة. قال أبو الحسن الصغير: ومفهوم قوله: "فأكذبه" أنه لو صدقه لبرىء، وظاهره يعم جميع الصور، وذكر فيها السلف وفيه من أمانة إلى ذمة أما إن كان قائم الذمة فلا إشكال أنه يبرأ، وإن كان خرب الذمة فعلى ما تقدم، وعلى الصلة أو ثمن السلعة فلا إشكال أنه يبرأ بتصديقه. انتهى.
وقوله: "على ما تقدم" يشير إلى كلام ابن رشد، وسيأتي إن شاء الله ملخصا.
وقال في المدونة بعد هذا: وإن بعت من رجل ثوبا وبعثت معه عبدك أو أجيرك ليقبض الثمن فقال قبضته وضاع مني فإن لم تقم للمشتري بينة بالدفع إلى رسولك ضمن، بخلاف من دفعت إليه مالا ليدفعه إلى رجل فقال دفعته إليه بغير بينة وصدقه الرجل هذا لا يضمن، قال أبو الحسن: ظاهره قبض ذلك إلى أمانة أو اقتضاء من حقه. عياض: اختلف في تأويلها، فقال ابن لبابة وغيره إن معنى المسألة أنه إذا صدقه المبعوث فهو مصدق والرسول بريء، سواء كان القابض لها قبضها من حق أو وديعة، وهو ظاهر الكتاب، وعليه اختصر أكثرهم، وهو بين في كتاب ابن حبيب، وقال حمديس إنما يجب على أصله فيما أقر به المبعوث إليه من حقوقه أو على وديعة هي قائمة في يده، وأما التي أقر بقبضها وادعى تلفها أو جحد القبض فلا يبرأ الرسول إلا ببينة على الدفع، وقاله جماعة من نظار الأندلس، ولفظه في الكتاب محتمل أن يكون من حق أو وديعة. انتهى. ونقل ابن عرفة هذين التأويلين عن عياض أيضا والله أعلم.
وقال في المقدمات: من دفع الوديعة إلى غير اليد التي دفعتها إليه فعليه ما على ولي اليتيم من الإشهاد، فإن لم يشهد فلا يصدق في الدفع إذا أنكر القابض، ولا أحفظ في هذا الوجه نص خلاف إلا ما قاله ابن الماجشون فيمن بعث ببضاعة إلى رجل مع رجل أنه لا يلزمه الإشهاد في دفعها إليه وهو مصدق، وإن أنكر القابض كانت دينا أو صلة ويمكن أن يكون قول ابن القاسم مثله بالمعنى في مسألة اللؤلؤ الواقعة في كتاب الوكالات فإن أقر بالقبض وادعى التلف فلا يخلو إما أن يكون قبض إلى أمانة أو إلى ذمة، فإن كان قبض إلى أمانة فاختلف في ذلك قول ابن القاسم، فقال فيها مرة يبرأ الدافع بتصديق القابض وتكون المصيبة من الآمر وهو قوله في الكتاب، وقال مرة لا يبرأ الدافع إلا بإقامة البينة على الدفع أو يأتي القابض بالمال، وهو قوله في كتاب ابن المواز، وأما إن قبض إلى ذمة مثل أن يقول له ادفع الوديعة التي لي عندك إلى فلان سلفا أو تسليفا في سلعة أو إلى صانع يعمل فيها عملا فإن كانت الذمة قائمة فإن الدافع يبرأ بتصديق القابض بلا خلاف، وأما إن كانت الذمة خربة فاختلف في ذلك؟ قيل إن الدافع يبرأ بتصديق القابض، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وقيل إنه لا يبرأ من تصديقه إياه لخراب

الحديث ....

[49] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 262 وم97 ويحيى121 والشيخ210.
[50] *- في المطبوع بعث وما بين المعقوفين من يحيى121 والتهذيب ج4 ص297.
[51] *- في المطبوع والشيخ210 وسيد45 وم97 بها وما بين المعقوفين من يحيى121 والتهذيب ج4 ص297.
[52] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 262 ويحيى121 والشيخ210.

نص خليل ....

متن الحطاب ذمته فصل وهذا التقسيم كله في دفع الأمانة، وأما [دفع ما ثبت[53]] في الذمة فإن دفع ذلك إلى أمانة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف، ولا يبرأ إلا بإقامة البينة على معاينة الدفع أو يأتي قابض المال به. هذا نص ما في المدونة ولا أعرف في هذا خلافا إلا أن يدخله الخلاف بالقياس على الأمانة، وإن دفع إلى ذمة فإن كانت قائمة فإنه يبرأ بتصديق القابض باتفاق، وإن كانت خربة فإنه لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف إلا أن يقيم بينة على الدفع. هذا الذي يصح عندي على

263 مذاهبهم ولا أعرف فيها نص خلاف/ إلا أن يدخلها الخلاف بالقياس على الأمانة، فهي أربعة وجوه: دافع من ذمة إلى ذمة، ومن أمانة إلى أمانة، ومن ذمة إلى أمانة، ومن أمانة إلى ذمة. انتهى مختصرا، لكنه بلفظه والله أعلم وقول ابن رشد: "إذا دفع من ذمة إلى أمانة لا يبرأ بتصديق القابض إذا ادعى التلف" يريد والله أعلم في غير الوكيل المفوض.

قال ابن الحاجب: أما لو لم يمت وأكذبه لم يصدق إلا ببينة، ولو صدقه المرسل إليه في قبضها منه ابن عبد السلام: يريد فلو لم يمت الرسول [و[54]]دفع الوديعة إلى من أمره [ربها[55]] [بدفعها[56]] إليه وضاعت وأنكر ربها فإنه لا يصدق في دفعها إليه حتى يقيم البينة على معاينة الدفع، فإن لم يقمها ضمن، سواء صدقه المرسل إليه في قبضها منه أو لم يصدقه في ذلك. انتهى. فقول المصنف المنكر مفهومه أنه لو لم يكن منكرا لا يضمن، وكأنه اعتمد ما تقدم عن المدونة، وما نسبه ابن رشد لابن القاسم فيها، وترك ما مشى عليه ابن الحاجب لقوة الأول ولا منافاة على هذا بين ما قال هنا وبين ما قاله في باب الوكالة، ولو قال غير المفوض قبضت وتلف برىء ولم يبرأ الغريم إلا ببينة؛ لأن ما قاله في الوكالة محمول على القسم الثالث في كلام ابن رشد وهو الدفع من ذمة إلى أمانة الذي صرح بنفي الخلاف فيه بدليل قول المصنف الغريم، ولذا قال الشارح هناك: يريد إذا قال الوكيل المخصوص قبضت ثمن ما بعت الخ فتأمل ذلك. والله أعلم.

تنبيه: في إطلاق المصنف على هذه المسألة دعوى الرد مسامحة، وإنما فيها دعوى إيصال الأمانة

تنبيه ثان: قال في النكت: اعلم أن الرسول إذا شرط عليه أن لا يشهد على من يدفع إليه [ينفعه،[57]] وإذا شرط عليه أن لا يمين عليه لم ينفعه ذلك؛ لأن اليمين إنما ينظر إليها حين وجوب متعلقها، فكأنه شرط سقوط أمر لم يجب بعد، بخلاف شرطه ترك الإشهاد، وذكره ابن حبيب فيما أراه. انتهى. وقد ذكر ابن رشد من هذا في رسم أوصى من سماع عيسى من الرهون مسألة المرتهن يأخذ الرهن على أن يضعه على يدي عدل، ويدعي أنه وضعه ويصدقه على ذلك العدل أنه لا ضمان عليه، ويصدق على مذهب المدونة، وقال ابن عرفة: قلت: انظر هذا مع القول بالوفاء بشرط دعوى التصديق في دعوى عدم القضاء. انتهى. وسيقوله المصنف.

تنبيه: إطلاق المصنف هنا في الضمان مع عدم الإشهاد هو المشهور، ومقابله أنه إذا كان العرف عدم

الحديث ....

---

53 – في المطبوع يثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 262 وم97 ويحيى122 والشيخ211.
54 – في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 263 وم97 ويحيى122 والشيخ211.
55 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في الشيخ211 وسيد45 وم97 ويحيى122.
56 *– في المطبوع يدفعها وما بين المعقوفين من الشيخ211 وسيد45 ويحيى122 وم97.
57 *– في م97 نفعه.

نص خليل

كَعَلَيْكَ إِنْ كَانَتْ لَهُ بَيِّنَةٌ بِهِ مَقْصُودَةٌ لاَّ بِدَعْوَى التَّلَفِ.

متن الحطاب

الإشهاد صدق المودع كما تقدم في باب الوكالة، وتقدم فيه أيضا أن تصديق رب المال لا يسقط الضمان مع عدم الإشهاد وكما هو ظاهر قراض المدونة، ولفظ ابن الحاجب هنا: إلا أن يدفع ذلك بحضرة رب المال فتأمله وراجعه. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة إثر المسألة [الثانية؛[58]] وهي قوله: من بعثت معه بمال ما نصه: وكذلك إن أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين، صدق مع يمينه وإن لم يأت ببينة. انتهى. ابن يونس: يريد وإنما يحلف إذا كان متهما، ونقله أبو الحسن. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في كتاب الوديعة: وإن بعثت بمال إلى رجل ببلد فقدمها الرسول ثم مات بها، وزعم الرجل أن الرسول لم يدفع إليه شيئا فلا شيء لك في تركة الرسول، ولك اليمين على من يجوز أمره من ورثته أنه لا يعلم لذلك سببا، ولو مات الرسول قبل أن يصل إلى البلد فلم يوجد للمال أثر فإنه يضمن ويؤخذ من تركته. انتهى. زاد في مختصر الوقار: فإن نكلوا غرموا. وقال فيه: فإن مات المبعوث بها إليه بعد وصول المبعوث بها معه إلى البلد وادعى دفعها إلى الرجل لم يقبل قوله إلا أن يأتي على دفعها ببينة، وإن وصل المبعوث بها معه إلى البلد ولم يوصلها إلى المبعوث بها إليه، ولم يذكر لها ذكرا حتى رجع إلى ربها وادعى تلفها فهو ضامن لها. انتهى من كتاب البضاعة منه. ونحوه في النوادر في كتاب الوكالات، ونصه: قال ابن حبيب: قال مطرف عن مالك: ومن أبضع مع رجل بضاعة وأمره أن يدفعها إلى آخر، وأشهد/ الآمر عليه أو لم يشهد، والبضاعة دين على الآمر أو على وجه الصلة فعلى المأمور أن يشهد على [الدفع،[59]] وإلا ضمن إذا أنكر القابض أنه ما قبض منه شيئا أو كان ميتا أو ما أشبه ذلك من [غائيات[60]] الأمور. انتهى.

264

ص: **كعليك إن كانت لك بينة** ش: قال في معين الحكام: إذا كانت الوديعة ببينة فادعى المودع رد الوديعة فعليه البينة وإلا ضمن بعد يمين ربها ولربها رد اليمين. انتهى. وفي [الوثائق[61]] المجموعة فإن زعم المستودع عنده المشهود عليه بالوديعة أنه رد الوديعة إلى ربها فعليه البينة بما زعمه ولا يبرئه قوله وله اليمين على ربها، فإن حلف ربها أنه لم يقبضها غرمها [المودع[62]] عنده، وإن نكل ربها عن اليمين ردت اليمين على المودع، فإن حلف برىء، وإن نكل غرم. انتهى.

تنبيه: يشترط أن يعلم المودع أنه قصد المودع بالبينة التوثق. قال أبو الحسن: وقوله -يعني في المدونة-: إلا أن يكون قبض ذلك ببينة ظاهره وإن كانت بينة الاسترعاء وليس كذلك، وأبو محمد هو الذي حرر هذا اللفظ في رسالته في قوله: "إلا أن يكون قبضها بإشهاد". ابن يونس: من أخذ الوديعة بمحضر قوم ولم

الحديث

....

[58] *- في المطبوع الثالثة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى122 وم98 وسيد45 والشيخ212.

[59] - في المطبوع والشيخ212 ويحيى123 الدافع وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 وم98 والنوادر ج7 ص231

[60] - هكذا في ن عدود ص264 وفي المطبوع غايات وصوبه الشيخ محمد سالم ب (غائبات) وهي التي في الشيخ212 وسيد45 وفي النوادر ج7 ص231.

[61] - في المطبوع وثائق وما بين المعقوفين من سيد45.

[62] - في المطبوع للمودع وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 وم98 ويحيى123 والشيخ213.

نص خليل

أَوْ عَدَمِ الْعِلْمِ بِالتَّلَفِ أو الضياع وَحَلَفَ الْمُتَّهَمُ وَلَمْ يُفِدْهُ شَرْطُ نَفْيِهَا فَإِن نُّكَلَ حَلَفت وَلاَ إِنْ شَرَطَ الدَّفْعَ لِلْمُرْسَلِ إِلَيْهِ بِلاَ بَيِّنَةٍ وَبِقَوْلِهِ تَلِفَتْ قَبْلَ أَنْ تَلْقَانِي بَعْدَ مَنْعِهِ دَفْعَهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهُ بِلاَ عُذْرٍ لاَ إِنْ قَالَ لاَ أَدْرِي مَتَى تَلِفَتْ وَبِمَنْعِهَا حَتَّى يَأْتِي الْحَاكِمُ إِن لَّمْ تَكُنْ بَيِّنَةٌ لاَ إِنْ قَالَ ضَاعَتْ مُنْذُ سِنِينَ وَكُنْتُ أَرْجُوهَا وَلَوْ حَضَرَ صَاحِبُهَا كَالْقِرَاضِ وَلَيْسَ لَهُ الأَخْذُ مِنْهَا لِمَنْ ظَلَمَهُ بِمِثْلِهَا وَلاَ أُجْرَةَ حِفْظِهَا بِخِلاَفِ مَحَلِّهَا وَلِكُلٍّ تَرْكُهَا.

متن الحطاب

يقصد إشهادهم عليه فهو كقبضه بلا بينة حتى يقصد الإشهاد على نفسه. اللخمي: إن كان القبض ببينة ليكون الرد ببينة لم يقبل قوله إلا ببينة، [و[63]]إن كان الإشهاد خوف الموت ليأخذها من تركته أو قال المودع أخاف أن يقول هي سلف [فأشهدْ لي[64]] أنها وديعة وما أشبه ذلك مما يعلم أنه لم يقصد التوثق من القابض فيكون القول قوله في ردها بغير بينة، ولو تبرع المودع بالإشهاد على نفسه فقال أبو بكر بن زرب: لا يبرأ إلا بالإشهاد لأنه ألزم نفسه حكم الإشهاد، وقال ابن عبد الحكم هو مصدق. انتهى.

ص: [أو[65]] عدم العلم بالتلف أو الضياع ش: كذا في أكثر النسخ، والصواب عدم العلم بالرد. قال في التوضيح: قال في البيان: يريد بعد أن يحلف ما هي عنده ولقد ردها إليه أو تلفت، وقال في آخر كتاب الوديعة من الذخيرة: قال ابن يونس: قال أصبغ: إذا قال لا أدري أضاعت أو رددتها والقبض ببينة يضمن؛ لأن يده يد ضمان، وإنما أمن على الحفظ ولم يتحقق المبرىء. قال ابن عبد الحكم: ولو قال لك إن أودعتني شيئا فقد ضاع وقبضه ببينة ليس عليه إلا يمينه لجزمه بانحصار الطارىء في الضياع. انتهى والمسألة في نوازل أصبغ من كتاب الوديعة. والله أعلم.

265 ص: وحلف المتهم ش: هذا فيما إذا ادعى/ التلف ولم يحقق ربها عليه الدعوى أنها باقية. انتهى. انظر كتاب ابن حارث في باب الأمناء وابن جزي في باب الضمان بالتعدي والغصب، فإن نكل غرم ولا يرد اليمين. انظر ابن عرفة، وأما في دعوى الرد فإن القول قوله، إلا أن يكون قبضه ببينة، وإذا قبل قوله فقال في التوضيح الذي حكاه صاحب البيان وغيره أنه يحلف في دعوى الرد باتفاق. انتهى. وقال ابن عرفة: وحيث يقبل قوله في الرد فلا خلاف أنه بيمين، واعترض على ابن الحاجب في حكايته الخلاف في ذلك وقال وباشتمال كتابه على مثل هذا كان محققو شيوخنا ينكرون كتاب ابن الحاجب الفقهي. والله أعلم.

ص: وبمنعها حتى يأتي الحاكم إن لم تكن ببينة ش: تصوره ظاهر.

266 فرعان: **الأول**: قال في النوادر في آخر/ كتاب الوديعة: ومن كتاب ابن المواز ومحمد بن عبد الحكم قالا ومن أودعته وديعة ثم أقررت أنها لزيد الغائب، ثم طلبت قبضها فلك ذلك بالحكم، وليس إقرارك أنها لزيد يمنعك من قبضها في غيبة زيد لأنك الذي أودعتها وكذلك ما أودعته عند سفرك من وديعة أو مال أنت فيه وكيل وأنت مقر أن ذلك لفلان فلك أخذه وكذلك ما أنت وكيل على بيعه فبعته فلك

الحديث ....

---

[63] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 264 وم98 والشيخ213.

[64] – في المطبوع فاشهدني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم98 ويحيى123 والشيخ213.

[65] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 264 وم98 ويحيى123 والشيخ213.

نص خليل

وَإنْ أَوْدَعَ صَبِيًّا أَوْ سَفِيهًا أَوْ أَقْرَضَهُ أَوْ بَاعَهُ فَأَتْلَفَ لَمْ يَضْمَنْ وَإنْ بِإذْنِ أَهْلِهِ وَتَعَلَّقَتْ بِذِمَّةِ الْمَأذُون عَاجِلاً وَبِذِمَّةِ غَيْرِهِ إذَا عَتَقَ إن لَّمْ يُسْقِطْهُ السَّيِّدُ وَإنْ قَالَ هِيَ لأَحَدِكُمَا وَنَسِيتُهُ تَحَالَفَا وَقُسِمَتْ بَيْنَهُمَا وَإنْ أَوْدَعَ اثْنَيْنِ جُعِلَتْ بِيَدِ الأَعْدَلِ.

متن الحطاب

قبض الثمن، فلو قدم مالك الوديعة فطلب أخذها منك وأنت مقر أن من أودعها عندك ذكر أنها لهذا الطالب فلك منعها من ربها إلا بشاهدين على إقرار مودعها بذلك؛ لأنك لا تبرأ منه إن جحدها إلا بهذا أو يقوم شاهد معك فيقضي له السلطان بها أو بشاهد ذلك مع يمين طالبها،فإن لم يقض له بشيء

267 ثم قدم من أودعكها وقد/ غاب ربها فعليك دفعها إليه وإن علمت أنها لغيره، وكذلك لو كانت دارا فدفعها إليه فهدمها وأتلف نقضها فلا ضمان عليك إن جاء ربها لأنك غير متعد فيما فعلت، وكذلك لو أقررت أنه أمرك بدفعها إليه أو بدفع حق له عليك، ومر هذا في كتاب الوكالات وكتاب الإقرار الأول في باب من أقر [أن[66]] الدين الذي له على فلان لفلان وفيه قول آخر. انتهى. [ونقله في الذخيرة.[67]]

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: إذا دعا الزوج زوجته [لحاجته[68]] ودعاها من له عندها وديعة فالزوج مقدم. انتهى.

ص: **وإن أودع صبيا الخ** ش: قال المشذالي في حاشيته في كتاب المديان: وقعت مسألة في وصي دفع مركبا له لمولى عليه في حجره وصرفه إلى الإسكندرية فمضى به المولى عليه [ورجع[69]] فعطب في رجوعه فقال الوصي إنما أمرتك أن [تصيد[70]] به وتبقيه فغررت ورجعت فعليك الضمان. قال أبو عمران: لا ضمان عليه لأن من أطلق يد سفيه على ماله أو رباعه أو أودعه وديعة فتعدى السفيه فلا شيء عليه، فقيل جناية الصبي لازمة له إلا فيما أطلق يده عليه، والوصي يقول إنما أطلقت يده في الاصول فقط، فبنفس الاصول انقطع تسليطي عليه فهو متعد. قال أبو عمران: هذا وإن كان كما قلت فهو قد بقي بيده كأن أودعه إياه حتى يبيعه، وقد قال مالك فيمن جعل للسفيه جعلا في آبق فباعه إلى آخر ما في المدونة وذكر مسائل على هذا المعنى. انتهى.

ص: **وإن أودع اثنين جعلت بيد الأعدل** ش: قال في المدونة: ومن أودع رجلين وديعة أو [استبضعهما[71]] فليكن ذلك بيد أعدلهما كالمال بين الوصيين، وإن لم يكن في الوصيين عدل

268 خلعهما السلطان ووضع/ المال بيد غيرهما. قال ابن القاسم: ولم أسمع من مالك في الوديعة والبضاعة شيئا وأراه مثله. انتهى. قال في الذخيرة: قال في التنبيهات: لو اقتسماها لم يضمناها في ظاهر قول ابن القاسم والخلع عند عدم العدالة مختص بالوصيين؛ لأن الإيداع مشروع عند البر والفاجر ولا يوصى الفاجر، وقال القاضي إسماعيل هما بخلاف الوصيين، لا يكون عند أحدهما ولا ينزع منهما [ولا

الحديث

---

[66] - في المطبوع أر وما بين المعقوفين من ن عدود ص267 وسيد46 ويحيى123 وم98 والشيخ213.

[67] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 267 وم98 ويحيى123 والشيخ213.

[68] *- في المطبوع لحاجة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى123 وم98 وسيد46 والشيخ218.

[69] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 267 وم98 ويحيى123 والشيخ214.

[70] - في المطبوع تسير وما بين المعقوفين من م98 والشيخ214 وسيد46.

[71] *- في المطبوع استبضعها وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص301.

نص خليل **باب صَحَّ وَنُدِبَ إِعَارَةُ مَالِكِ مَنْفَعَةٍ بِلاَ حَجْرٍ وَإِن مُّسْتَعِيرًا.**

متن الحطاب يقتسمانه ويجعلانه[72] حيث يثقان به وأيديهما فيه واحدة. انتهى.

باب العارية

ص: صح وندب إعارة مالك منفعة ش: قال ابن عرفة: الجوهري: العارية بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار، والعارة مثل العارية؛ يقال هم يتعورون العواري بينهم، وقيل مستعار بمعنى متعاور أي متداول، وفي بعض حواشي الصحاح ما ذكره من أنها من العار، وإن كان قد قيل فليس هو الوجه، والصحيح أنها من التعاور الذي هو التداول، وزنها فعلية، ويحتمل أن تكون من عراه يعروه إذا قصده ويكون وزنها فاعولة أو فعلية على القلب، ولما ذكر ابن عبد السلام كلام الجوهري قال أنكر عليه كونها منسوبة إلى العار؛ لأنه لو كان كذلك لقالوا يتعيرون لأن العار عينه ياء. قلت: في المخصص لابن سيده ما نصه: وتعورنا العواري وتعاورنا الشيء تداولناه، وقيل العارية من الياء لأنها عار على صاحبها وقد تعيروها بينهم. قلت: وهذا نص بأنها من ذوات الياء يرد إنكار ابن عبد السلام يتعيرون، ولكن قال ابن سيده في المحكم والعارية المنحة. قال بعضهم إنها من العار، وهو قول ضعيف غره قولهم يتعيرون العواري وليس على وضعه إنما هي معاقبة من الواو إلى الياء.
قلت: وقد يرد بأن الأصل عدم المعاقبة. انتهى. وفي رده على ابن سيده بمثل هذا نظر فتأمله. وفي القاموس: والعارية مشددة وقد تخفف والعارة ما تداولوه بينهم، والجمع عواري مشددة ومخففة. انتهى. قال ابن عرفة: وهي مصدرا تمليك منفعة مؤقتة لا بعوض فتدخل العمرى والاخدام لا الحبس، واسما مال ذو منفعة مؤقتة ملكت بغير عوض. [ونقض[73]] طرداهما بإرث ملك منفعة وارثها ممن حصلا له بعوض لحصولهما للوارث بغير عوض منه، ويجاب بأن عموم نفي العوض لأنه نكرة في سياق النفي يخرجهما لأنهما بعوض لمالك العين من الميت، وقول ابن شاس وابن الحاجب: تمليك منافع العين بغير عوض يبطل طرده بالحبس وعكسه بأنه لا يتناولها إلا مصدرا، والعرف إنما هو استعمالها اسما وهي الشيء المعار وهي من حيث ذاتها مندوب إليها؛ لأنها إحسان، والله يحب المحسنين، ويعرض وجوبها كغني عنها لمن يخشى بعدمها هلاكه، وحرمتها ككونها معينة على معصية، وكراهتها ككونها معينة على مكروه، وتباح لغني عنها، وفيه نظر لاحتمال كراهتها في حقه. انتهى. ونقل كلامه ابن ناجي.
فائدة: قال القرطبي في تفسير سورة آل عمران: من الغلول منع الكتب عن أهلها [قال:[74]] وكذا غيرها. انتهى بالمعنى.
ص: **بلا حجر** ش: مراده هنا بالحجر [ما هو[75]] أعم من الحجر المتقدم في بابه ليشمل ما إذا

الحديث ....

---

[72] *- في المطبوع ولا يقتسمان ويجعلان وما بين المعقوفين من يحيى124 وم99 والشيخ214 وسيد46.
[73] - في المطبوع ويقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 وم99 ويحيى124 والشيخ214.
[74] - ساقطة من المطبوع ويحيى124 وم99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 والشيخ215.
[75] - ساقطة من المطبوع ويحيى124 وم99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 268 والشيخ215.

نص خليل

لاَ مَالِكِ انْتِفَاعٍ مِنْ أَهْلِ التَّبَرُّعِ عَلَيْهِ عَيْنًا لِمَنْفَعَةٍ مُبَاحَةٍ لاَ كَذِمِّي مُسْلِمًا وَجَارِيَةٍ لِوَطْءٍ أَوْ خِدْمَةٍ لِغَيْرِ مَحْرَمٍ أَوْ لِمَن لاَ تَعْتِقُ عَلَيْهِ وَهِيَ لَهَا وَالأَطْعِمَة وَالنُّقُودُ قَرْضٌ بِمَا يَدُلُّ وَجَازَ أَعِنِّي بِغُلاَمِكَ لأُعِينَكَ إِجَارَةً وَضَمِنَ الْمَغِيبَ عَلَيْهِ إِلاَّ لِبَيِّنَةٍ وَهَلْ وَإِنْ شَرَطَ نَفْيَهُ تَرَدُّدٌ لاَ غَيْرَهُ وَلَوْ بِشَرْطٍ وَحَلَفَ فِيمَا عُلِمَ أَنَّهُ بِلاَ سَبَبِهِ كَسُوسٍ أَنَّهُ مَا فَرَّطَ وَبَرِئَ فِي كَسْرِ كَسَيْفٍ إِنْ شُهِدَ لَهُ أَنَّهُ مَعَهُ فِي اللِقَاءِ أَوْ ضَرَبَ بِهِ ضَرْبَ مِثْلِهِ وَفَعَلَ الْمَأْذُونَ وَمِثْلَهُ وَدُونَهُ لاَ أَضَرَّ وَإِنْ زَادَ مَا تَعْطَبُ بِهِ فَلَهُ قِيمَتُهَا أَوْ كِرَاؤُهُ كَرَدِيفٍ وَاتُّبِعَ إِنْ أَعْدَمَ وَلَمْ يَعْلَمْ بِالإِعَارَةِ وَإِلاَّ فَكِرَاؤُهُ وَلَزِمَتِ الْمُقَيَّدَةُ بِعَمَلٍ أَوْ أَجَلٍ لاِنْقِضَائِهِ وَإِلاَّ فَالْمُعْتَادُ وَلَهُ الإِخْرَاجُ فِي كَبِنَاءٍ إِنْ دَفَعَ مَا أَنْفَقَ وَفِيهَا أَيْضًا قِيمَتُهُ وَهَلْ خِلاَفٌ أَوْ قِيمَتُهُ إِن لَّمْ يَشْتَرِهِ أَوْ إِنْ طَالَ أَوْ إِن اشْتَرَاهُ بِغَبْنٍ كَثِيرٍ تَأْوِيلاَتٌ وَإِن انْقَضَتْ مُدَّةُ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ فَكَالْغَصْبِ وَإِن ادَّعَاهَا الآخِذُ وَالْمَالِكُ الْكِرَاءَ فَالْقَوْلُ لَهُ.

متن الحطاب

منع المعير المستعير من الإعارة فإنه ليس له الإعارة. قال ابن سلمون: العارية مندوب إليها، وتصح من كل مالك/ للمنفعة وإن كان ملكه لها بإجارة أو عارية ما لم يحجر عليه ذلك، ومن استعار شيئا لمدة أو اكتراه فله أن يعيره لمثله في تلك المدة، أو يكريه إلا أن يشترط عليه أن لا يفعل ذلك. 269

ص: **لا مالك انتفاع** ش: انظر ما نقله ابن غازي، وانظر كلام القرافي [في[76]] الفرق الثلاثين وآخر كتاب العارية من الذخيرة، وما نقله عن النوادر، وانظر اللخمي في الوقف.

ص: **لمنفعة مباحة** ش: انظر ما يستعار ليتجمل به في الأعراس هل هو من باب المتشبع بما ليس له؟ انظر الأبي في كتاب الإيمان في حديث: {من ادعى دعوى كاذبة[1]} وانظر المدخل.

ص: **وضمن المغيب عليه** ش: قال في المقدمات: إذا وجب على المستعير ضمان العارية فإنه يضمن قيمة الرقبة يوم انقضاء أجل العارية على ما ينقصها الاستعمال المأذون فيه بعد يمينه لقد ضاعت ضياعا لا يقدر على ردها. انتهى.

270 ص: **لا غيره** ش: يعني أنه/ لا يضمن ما لا يغاب عليه قال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ولا يضمن ما لا يغاب عليه من عبد أو دابة": وهو مصدق في هلاكه، ويحلف متهما كان أو غير متهم. انتهى. وانظر كلام غيره في المسألة.

فرع: قال في التوضيح: ابن المواز: وإذا قلنا لا يضمن الدابة فيضمن سرجها ولجامها. اللخمي: ولا يضمن العبد ولا ما عليه من الكسوة لأن العبد حائز لما عليه. انتهى.

ص: **إن شهد له أنه معه في اللقاء** ش: هذا هو مذهب المدونة.

ص: **أو ضرب به ضرب مثله** ش: هذا قول آخر حكاه ابن رشد أنه لا يصدق إلا أن يكون له بينة أنه ضرب به في اللقاء ضربا يجوز له. قال: وهو أبعد الأقوال، ولا يحتاج إليه على القول الأول الذي صدر به المصنف، وهو مذهب المدونة.

فرع: قال في التوضيح: اللخمي: وأما الرحى تستعار للطحن عليها فيأتي بها وقد [حفيت[77]] فلا شيء عليه بالاتفاق.

271 ص: **وإلا فالمعتاد/ وله الإخراج في كبناء** ش: قال ابن غازي: قوله وإلا فالمعتاد هو خلاف ما في

الحديث

1- ليس على رجل نذر فيما لا يملك ولعن المومن كقتله ومن قتل نفسه بشيء في الدنيا عذب به يوم القيامة ومن ادعى دعوى كاذبة ليتكثر بها لم يزده الله إلا قلة ومن حلف على يمين صبر فاجرة، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 110.

---

[76] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 269 ويحيى124 والشيخ215.

[77] *– في المطبوع جفيت وما بين المعقوفين من ن عدود ص270 ويحيى124 وم99 والشيخ215.

نص خليل ....

متن الحطاب

المدونة إلا أن ابن يونس صوبه، وقوله: "وله الإخراج" وفاق لما في المدونة، وكلامه متناقض، وقد [عدهما[78]] ابن الحاجب قولين، وقبله ابن عبد السلام وابن عرفة والمصنف، ولو قال فالمعتاد على الأرجح وفيها له الإخراج في كبناء الخ لأجاد. انتهى. وما قاله ابن غازي صحيح لا غبار عليه، وعلى ما ذكره المصنف في البناء هنا مشى في كتاب الشركة في مسألة إعارة الجدار وما بعده، وهو أحد الأقوال الستة التي حصلها ابن زرقون على ما قاله في التوضيح، [و[79]]كأنه –والله أعلم– أشار به إلى أخذها من كلام ابن رشد، فإنه حصلها في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضية فراجعه.

وقال البساطي هنا: فإن قلت قوله: "وإلا فالمعتاد" يقتضي أن العارية لازمة إلى انتهاء المدة، وقوله: "وله الإخراج" ينافي ذلك، ولهذا لما قال ابن الحاجب: "وإلا فالمعتاد في مثلها" عبر بعد ذلك بقيل فقال: وقيل للمعار الإخراج" فجعلهما قولين، وقال الشارحان: الذي عبر عنه بقيل هو مذهب المدونة، والمصنف جمع بينهما.

قلت: هو تابع في ذلك للمدونة ويبين لك ذلك بنصها قال: ومن أذنت له أن يبني في أرضك أو يغرس فلما فعل أردت إخراجه، فإن كان بقرب ذلك مما يرى أنه لا يشبه أن يعير إلى تلك المدة فليس لك إخراجه إلا أن تعطيه ما أنفق فأنت ترى أنه جعلها لازمة إلى المدة، ولكنه جعل للمعير الإخراج بشرط أن يعطيه ما أنفق فليس بين الكلامين خلاف، فإن قلت فابن الحاجب جعله خلافا وقال الشارحان القول الأول لمطرف وغيره؟ قلت: هذا أيضا صحيح، واتفق مطرف والمدونة على أنها لازمة، ولكن مطرف يقول ليس له الإخراج ولو أعطى بخلاف المدونة، فكانا قولين بهذا الاعتبار. انتهى كلامه. وما قاله رحمه الله ليس بظاهر، فإنه إنما فرق في المدونة بين أن يطلبه بالقرب بعد ما يرى أنه أعار إلى مثله لأجل أنه ورطه حتى بنى، أما لو لم يبن أو كان المستعار مما لا يبنى فيه ولا يغرس كالثوب والدابة والعبد لأخذه صاحبه قرب الأمد أو بعد. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم في كلام البساطي: وقال في باب بعد هذا قيمة ما أنفق، وإلا تركته إلى مثل ما يرى الناس أنك أعرته إلى مثله من الأمد، وإن أردت إخراجه بعد أمد يشبه أنك أعرته إلى مثله فلك أن تعطيه قيمة البناء والغرس مقلوعا، وإلا أمرته بقلعه، إلا أن يكون مما لا قيمة له إذا قلع ولا نفع فيه من جص ونحوه فلا شيء للباني فيه، وكذلك لو ضربت لعاريته أجلا فبلغه وليس لك إخراجه ها هنا قبل الأجل، وإن أعطيته قيمة ذلك قائما، وكذلك لو لم يبن ولم يغرس حتى أردت إخراجه فليس لك ذلك قبل الأجل ولو لم تضرب أجلا كان ذلك لك. انتهى. وقال ابن عرفة: اللخمي: إن أجلت العارية بزمن أو انقضاء عمل لزمت إليه، وإن لم تؤجل كقولك أعرتك هذه الأرض أو الدابة أو الدار أو هذا العبد أو الثوب [ففي[80]] صحة ردها ولو بقرب قبضها ولزوم قدر ما تعار له ثالثها إن أعاره ليسكن ويبني فالثاني، وإلا فالأول لابن القاسم فيها مع أشهب وغيرهما وابن القاسم في الدمياطية.انتهى. والله أعلم.

الحديث ....

[78] – في المطبوع عدها وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 وم99 والشيخ215.
[79] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 271 وم99 والشيخ215.
[80] *– في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص271.

نص خليل

إلاَّ أنْ يَأنفَ مِثْلُهُ كَزَائِدِ الْمَسَافَةِ إن لَّمْ يَزِدْ وَإلاَّ فَلِلْمُسْتَعِيرِ فِي نَفْيِ الضَّمَان وَالْكِرَاءِ وَإنْ بِرَسُول مُخَالِفٍ كَدَعْوَاهُ رَدّ مَا لَمْ يَضْمَنْ وَإنْ زَعَمَ أنَّهُ مُرْسَلٌ لاِسْتِعَارَةِ حُلِيٍّ وَتَلِفَ ضَمِنَهُ مُرْسِلُهُ إنْ صَدَّقَهُ وَإلاَّ حَلَفَ وَبَرِئَ ثمَّ حَلَفَ الرَّسُولُ وَبَرِئَ وَإن اعْتَرَفَ بِالْعَدَاءِ ضَمِنَ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ فِي ذِمَّتِهِ إنْ عَتَقَ وَإنْ قَالَ أوْصَلْتُهُ لَهُمْ.

متن الحطاب

272 ص: **إلا أن يأنف مثله عنه** ش: قال ابن الحاجب: إلا أن يكذبه العرف. ابن عبد السلام:/ واعلم أن المراد بقوله: ما لم يكذبه العرف ليس هو إلا أن تكون عادة المالك أن يكري ما جرى بينهما النزاع فيه، بل مرادهم مع ذلك أن يكون شرفه يأبى الكراء من غيره ويأنف عن مثل هذا، ونحوه في التوضيح.

ص: **كدعواه رد ما لم يضمن** ش: قال ابن رشد في أول سماع عيسى من كتاب الرواحل والدواب: الأشياء المقبوضة من أربابها على غير وجه الملك إن قبضت لمنفعة القابض خاصة كالعواري والرهون، فالقابض ضامن لما يغاب عليه إلا أن يقيم البينة على التلف ومصدق فيما لا يغاب عليه أنه قد تلف مع يمينه إلا أن يتبين كذبه، وإن قبضت لمنفعة أربابها خاصة كالبضائع والودائع فالقابض لها مصدق في دعوى التلف دون يمين، إلا أن يتهم فيحلف عينا كان أو عرضا أو حيوانا، وإن قبضت لمنفعتهما جميعا كالقراض والشيء المستأجر فكذلك؛ لأنه [يغلب[81]] منفعة [ربها[82]] من جهة [أنه[83]] أملك لمتاعه ولو شاء لم يدفعه وما يصدق فيه في دعوى التلف من الوديعة والبضاعة والقراض والشيء المستأجر وما لا يغاب عليه من الرهون والعواري فالقول قوله في دعوى الرد مع يمينه إلا أن يكون قبضه ببينة، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في أول سماعه أن القول قول المستأجر في رد ما استأجره وإن قبضه ببينة، وكذلك يلزم في القراض والوديعة وما لا يصدق فيه في دعوى التلف مما يغاب عليه من العواري والرهون فلا يكون القول فيه قوله في دعوى الرد، وعليه إقامة البينة في ذلك إلا ما يدل عليه ما وقع في آخر رسم من سماع أبي زيد من الوديعة من أنه يصدق في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة. انتهى.

وقال في سماع أبي زيد المذكور: في هذه المسألة دليل على أن القول قول المرتهن في رد الرهن إذا قبضه بغير بينة كالوديعة وذلك بعيد. ثم قال: [ولعله[84]] إنما تكلم في هذه الرواية على الرهن الذي لا يغاب عليه [فتصح المسألة لأن الرهن الذي لا يغاب عليه[85]] يصدق المرتهن في رده إذا قبضه بغير بينة كما يصدق في تلفه كالوديعة. انتهى. وقال في آخر رسم الرهون الثاني من المدونة من سماع عيسى من كتاب الرهون في شرح مسألة فيه، وهذا كما قال لأن ما لا يصدق في دعوى الضياع فيه من العواري والرهون التي يغاب عليها فلا يصدق في دعوى الرد فيه، سواء قبض ذلك ببينة أو بغير بينة، وهذا مما لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب إلا ما وقع في آخر سماع أبي زيد من الوديعة فإن فيه دليلا على أنه يصدق في دعوى الرهن إذا قبضه بغير بينة وهو

الحديث

81 – في المطبوع يعقب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 والشيخ216 ويحيى125 وم100.

82 – في المطبوع اربابها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272.

83 – في المطبوع أنها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 والشيخ216 ويحيى125 وم100.

84 *- في البيان ج15 ص313 فلعله.

85 *- ساقطة من المطبوع والشيخ215 وم100 وسيد46 وقد وردت في يحيى125 والبيان ج15 ص313.

نص خليل

فَعَلَيْهِ وَعَلَيْهِم الْيَمِينُ وَمُؤْنَةُ أَخْذِهَا عَلَى الْمُسْتَعِيرِ كَرَدِّهَا عَلَى الأَظْهَرِ وَفِي عَلَفِ الدَّابَّةِ قَوْلاَنِ
بَاب الْغَصْبُ.

متن الحطاب

بعيد، ولعله إنما تكلم على الرهن الذي لا يغاب عليه. انتهى. وعلى هذا ففي كلام المصنف إشكال [لإطلاقه.[86]] انظر المقدمات في كتاب الوديعة والتوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: "وإن ادعى [الرد[87]] قبل مطلقا"

مسألة: من استعار دابة ليحمل عليها شيئا فوكل من يحمله عليها أو حمله عليها شريكه لم يضمن هو ولا شريكه، بخلاف لو تعدى أجنبي وحمل/ عليها ما استعيرت له فإن الأجنبي يضمن. قاله في كتاب الشركة من المدونة، وقال أبو الحسن: قال ابن حبيب: ومن استعار دابة لركوب أو حمل ثم ردها مع عبده أو غلامه فعطبت أو ضلت فلا يضمن؛ لأن شأن الناس على هذا، وإن لم يعلم ضياعها إلا بقول الرسول وهو مأمون أو غير مأمون ذلك سواء فلا يضمن. 273

ص: **فعليه وعليهم اليمين** ش: قال في رسم البراءة من سماع عيسى من العارية: ولو زعم الرسول أنه قد أوصله إلى الذين بعثوه وجحدوه لم يكن عليهم ولا عليه إلا اليمين ويبرؤون. انتهى. وقوله: "وجحدوه" الظاهر أن مراده جحدوا الإرسال، ولو أقروا به ضمنوا. والله أعلم.

ص: **ومؤنة أخذها على المستعير كردها على الأظهر** ش: تصوره ظاهر، وتقدم في الإقالة الكلام على حمل السلعة المقال منها. والله أعلم.

ص: **باب الغصب** ش: قال في الذخيرة: الغصب لغة قال الجوهري: أخذ الشيء ظلما، غصبه منه وعليه سواء والاغتصاب مثله. انتهى. ثم قال صاحب المقدمات: التعدي على رقاب الأموال سبعة أقسام لكل قسم منها حكم يخصه، وهي كلها مجمع على تحريمها؛ وهي الحرابة والغصب والاختلاس والسرقة والخيانة والإدلال والجحد. انتهى.

فوائد: قال عليه السلام في خطبة ثاني النحر: {إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا[1]} فورد سؤال وهو أن المشبه يجب أن يكون أخفض من المشبه به وهو هنا منحط عنه في نظر الشرع بكثير، وجوابه أن التشبيه وقع بحسب اعتقادهم فإنهم كانوا يعظمون البلد والشهر ويحتقرون الأمور المذكورة. انتهى بالمعنى من الذخيرة. ومنها أيضا في أدلة الغصب قوله صلى الله عليه وسلم: {من غصب شبرا من أرض طوقه من سبع أرضين[2]} متفق عليه.

فائدة: قال العلماء لم يرد في السمعيات ما يدل على تعدد الأرضين إلا قوله تعالى: ﴿ الله الذي خلق سبع سماوات ومن الأرض مثلهن ﴾ وهذا الحديث وقيل المثلية في العظم لا في العدد فلا دلالة.

فائدة: قال البغوي: قيل [طوقه[88]] أي كلف حمله يوم القيامة لا طوق التقليد، [وقيل[89]] تخسف الأرض به فتصير البقعة المغصوبة في حلقه كالطوق قال: وهذا أصح لما في البخاري قال رسول

الحديث

1- أخرجه مسلم بهذا اللفظ، كتاب القسامة والمحاربين، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1679، والبخاري في صحيحه، كتاب المغازي، ط. دار الفجر، رقم الحديث 4406.

2- مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة بلفظ من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث 1612.

- البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق بلفظ من ظلم قيد شبر طوقه من سبع أرضين، ط. دار الفجر 2005، رقم الحديث 3195. وانظر التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير، ج11 ص240، ط. دار الفكر، فإنه نبه أنه لم يروه أحد منهم بلفظ من غصب.

---

86 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 وم100 ويحيى125 والشيخ217.

87 – في المطبوع الرهن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 272 وم100 ويحيى125 والشيخ217.

88 *- في المطبوع طوفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص273.

89 *- في المطبوع وقبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص273.

نص خليل

أَخْذُ مَالٍ قَهْرًا تَعَدِّيًا بِلاَ حِرَابَةٍ.

متن الحطاب

274 الله/ صلى الله عليه وسلم: {من أخذ من الأرض شبرا بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أرضين[1]} انتهى. وحديث البخاري هذا دليل أيضا على تعدد الأرضين، وقوله: "وقيل المثلية في العظم يظهر لي أنه ولو قيل به ففيه أيضا دليل على التعدد. والله أعلم. ومنها أيضا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق[2]} يروى بالتنوين في عرق على النعت وبعدمه على الإضافة، وفي النكت: عرق الظالم ما يحدثه في المغصوب. قال ابن شعبان: العروق أربعة: ظاهران البناء والغرس، وباطنان في الأرض الآبار والعيون. انتهى.

ص: أخذ [مال[90]] قهرا تعديا بلا حرابة ش: هذا الرسم نحو رسم ابن الحاجب، وهو متعقب من وجهين: الأول أن فيه التركيب في قوله: "بلا حرابة" لأنه يتوقف على معرفة حقيقة الحرابة، والتركيب هو توقف معرفة [المحدود[91]] على معرفة حقيقة أخرى ليست أعم منه ولا أخص من أعمه، وقد اعترض به ابن عرفة على ابن الحاجب، وأصله لابن عبد السلام، ولم يعزه ابن عرفة له. الثاني أنه غير مانع لأنه يدخل فيه أخذه المنافع كسكنى ربع وحرثه وليس غصبا بل تعديا وهذا لابن عرفة أيضا، وحده بقوله: "الغصب أخذ مال غير منفعة ظلما قهرا لا بخوف قتال" فيخرج أخذه غيلة إذ لا قهر فيه لأنه بموت مالكه وحرابته. انتهى.

وفي التنبيهات: الغصب في لسان العرب منطلق على أخذ كل ملك بغير رضا صاحبه من شخص أو مال أو منافع، وكذلك التعدي سرا أو جهرا أو اختلاسا أو سرقة أو جناية أو قهرا، غير أن الغصب استعمل في عرف الفقهاء في أخذ أعيان المتملكات بغير رضا أربابها وغير ما يجب على وجه القهر والغلبة من ذي سلطان وقوة، واستعمل [التعدي[92]] عرفا في التعدي على عينها أو منافعها، سواء كان للمتعدي في ذلك يد [بإذن[93]] أربابها أو لم يكن كالقراض والودائع والإجارة والصنائع والبضائع والعواري، وفرق الفقهاء بين الغصب والتعدي في وجوه منها أن الغاصب ضامن للسلعة يوم الغصب لأنه يوم وضع يده عليها بالتعدي، والمتعدي يوم التعدي والغاصب يضمن الفساد اليسير، والمتعدي لا يضمن إلا الكثير، وعلى المتعدي كراء ما تعدى عليه، وأجرته بكل حال عند مالك، وقال في الغاصب لا كراء عليه وفي كثير من هذه الأصول اختلاف من أصحابنا معلوم. انتهى. ويؤخذ منه أن من تعدى على دابة وديعة وركبها فعليه أجرتها فتأمله. وقال في الذخيرة: قال بعضهم: الغصب رفع اليد المستحقة ووضع اليد العادية قهرا، وقيل وضع اليد العادية قهرا، وينبني على التعريفين أن الغاصب من الغاصب غاصب على الثاني دون الأول لكونه لم يرفع اليد المستحقة. انتهى. وقال ابن عرفة: التعدي قال المازري: هو غير الغصب، وأحسن ما ميز به عنه أن التعدي الانتفاع بملك الغير بغير حق [دون قصد[94]] تملكه.

الحديث

1- البخاري في صحيحه، كتاب بدء الخلق، رقم الحديث 3196، بلفظ من أخذ شيئا من الأرض بغير حقه خسف به يوم القيامة إلى سبع أراضين.

2- الموطأ، كتاب الأقضية، ط. دار الكتب العلمية، ص468.

---

90 *- في المطبوع المال وما بين المعقوفين من الشيخ218 وم100 ويحيى126.

91 - في المطبوع الحدود وما بين المعقوفين من سيد46 والشيخ218.

92 *- في المطبوع المتعدي وما بين المعقوفين من ن عدود ص274.

93 *- في المطبوع بيد وما بين المعقوفين من الشيخ218 وم100 وسيد46 وفي يحيى126 في ذلك إذن أربابها.

94 - في المطبوع قصد الرقبة أو اتلافه أو بعضه دون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 274 وم100 ويحيى127 والشيخ218.

نص خليل: وَأُدِّبَ مُمَيِّزٌ كَمُدَّعِيهِ عَلَى صَالِحٍ وَفِي حَلِفِ الْمَجْهُولِ قَوْلَانِ.

متن الحطاب: قلت: وحاصل مسائل التعدي الانتفاع بمال الغير دون حق فيه خطؤه كعمده أو التصرف فيه بغير إذنه أو إذن قاض أو من يقوم مقامه لفقدهما، فيدخل تعدي المقارض وسائر الأجراء والأجانب. انتهى.

ص: **وأدب مميز** ش: قال ابن الحاجب: ويؤخذ بحق المغصوب من مال الصبي المميز ويؤدب.انتهى. قال في التوضيح: ولا خلاف في تأديب البالغ، وأما غير البالغ فقال ابن عبد السلام ما ذكره المؤلف هو ظاهر المذهب للمتقدمين، وفي المقدمات لا يؤدب من لم يبلغ الحلم لقوله عليه السلام {رفع القلم عن ثلاث[1]} وقيل يؤدب كما يؤدب في المكتب./ انتهى. وقال في المقدمات: 275 ويجتمع في الغصب حق الله وحق المغصوب منه، فيجب على الغاصب لحق [الله[95]] تعالى الأدب والسجن على قدر اجتهاد الحاكم ليتناهى الناس عن حرمات الله، ولا يسقط ذلك عنه عفو المغصوب منه. انتهى. ونقله في التوضيح، ونقله ابن ناجي في شرح الرسالة، وقال عقيبه: وما ذكره خالفه فيه المتيطي فقال لا يؤدب إن عفا عنه المغصوب منه. انتهى فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عرفة: والغصب بين الكافرين كالغصب بين المسلمين ابن شعبان وكذا بين الزوجين وبين الوالد وولده وفي اغتصاب الوالد من ولده خلاف وبهذا أقول. انتهى. ونحوه في المقدمات، ويستوي في حكمه الأحرار البالغون من أهل الذمة والمسلمين القرابة والأجنبيين إلا الوالد من ولده والجد للأب من حفيده فقيل لا يحكم لهم بحكم الغاصب الأجنبي لقوله عليه السلام: {أنت ومالك لأبيك[2]} انتهى. قال البرزلي إثر نقله قول ابن شعبان: وبهذا أقول.

قلت: وهو الذي ارتضاه الباجي في سنن الصالحين، وروى فيه حديثا وأشعارا [لعموم قوله[96]] عليه السلام: {أنت ومالك لأبيك} وقوله عليه السلام: {خير ما [ياكله[97]] الإنسان من كسبه وولده من كسبه[3]} وظاهر قول مالك أنه لا يجوز له القدوم عليه ابتداء إلا من ضرورة، فإن فعل فلا يطلب منه ما يطلب من الأجانب من القطع والأيمان عند الإنكار والقتل في باب التغليظ إلى غير ذلك، وحكم الجد جار على إلحاقه بالأب، وفي المذهب مسائل تشهد للقولين. انتهى من أول مسائل الغصب. والله أعلم.

ص: **كمدعيه على صالح وفي حلف المجهول قولان** ش: قال في كتاب الغصب منها: ومن ادعى على رجل غصبا وهو ممن لا يتهم بهذا عوقب المدعي، وإن كان متهما [بذلك[98]] نظر فيه الإمام وأحلفه، فإن نكل لم يقض عليه حتى يرد اليمين على المدعي كسائر الحقوق. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الناس في هذا على ثلاثة أوجه فإن كان المدعى عليه الغصب ممن يليق به ذلك هدد وسجن، فإن لم يخرج شيئا حلف، وفائدة تهديده لعله يخرج عين ما غصب إذا [كان[99]]يعرف بعينه ،وأما ما لا يعرف [بعينه[100]] فلا فائدة في تهديده إذ لو أخرج بالتهديد

الحديث:

1- أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث4403.

2- عن جابر بن عبد الله أن رجلا قال يا رسول الله إن لي مالا وولدا وإن أبي يريد أن يجتاح مالي فقال: "أنت ومالك لأبيك". ابن ماجه في سننه كتاب التجارات، رقم الحديث 2291، بلفظ إن اطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.

3- ابن ماجه في سننه كتاب التجارات، رقم الحديث 2290، بلفظ إن اطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.
- الترمذي في سننه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 1363، بلفظ إن أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أولادكم من كسبكم.
- أبو داوود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث 3528، بلفظ أن من أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه.
- النسائي كتاب البيوع، ج7 ص240، بلفظ أن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وأن ولده من كسبه.

---

[95] *- في المطبوع لله وما بين المعقوفين من م101 ويحيى127 والشيخ218 وسيد47.

[96] - في المطبوع لقوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 وم101 ويحيى127 والشيخ219.

[97] *- في المطبوع يملكه وما بين المعقوفين من م101 ويحيى127 والشيخ219 وسيد47.

[98] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 وم101 ويحيى127 والشيخ219.

[99] - في المطبوع يعرف عينه وأما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 ويحيى127.

[100] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 ويحيى127.

نص خليل ....

متن الحطاب

ما لا يعرف بعينه لم يؤخذ منه حتى يقر آمنا، وإن كان من وسط الناس لا يليق به سرقة لم يلزمه يمين، ولا يلزم راميه بذلك شيء، وإن كان من أهل الدين والخير لزم القائل بذلك الأدب. [اهـ.[101]]
وقال في آخر كتاب السرقة من النكت: قال بعض شيوخنا من أهل بلدنا: المتهم بالسرقة على ثلاثة أوجه؛ [فمتميز[102]] بالعدالة والفضل لا شيء عليه، ويؤدب له المدعي عليه، ومتهم معروف بهذا فيحلف ويهدد ويسجن على قدر ما يرى الحاكم فيه من الاجتهاد، ورجل متوسط الحال بين هذين يكون عليه اليمين. انتهى.
وقال اللخمي في تبصرته: ومن ادعي عليه الغصب كان الحكم في تعلق اليمين والعقوبة راجعا إلى حال المدعى عليه، فإن كان معروفا بالخير والصلاح عوقب المدعي، وإن لم يكن معروفا بذلك وأشكل حاله لم يعاقب المدعي ولم يحلف المدعى عليه، وإن كان ممن يشبه ذلك وليس معروفا به حلف ولم يعاقب المدعي، وإن نكل حلف المدعي واستحق، وإن كان معروفا بالتعدي والغصب حلف وضرب وسجن، فإن تمادى على الجحود ترك، واختلف إذا اعترف بعد التهديد على ثلاثة أقوال؛ فقيل لا يؤخذ بإقراره، عيّن المدعى فيه أو لم يعينه لأنه مكره، وقيل إن عين أخذ به، وإن لم يعين لم يؤخذ بإقراره، وقال سحنون يؤخذ بإقراره، عَيَّنَ المدعى فيه أو لم يعينه.
قال: ولا يعرف ذلك إلا من ابتلي به، يريد القضاة [ومشابههم.[103]] يقول إن ذلك الإكراه كان بوجه جائز، وإن كان من الحق عقوبته وسجنه لما عرف من حاله أخذ بإقراره وإنما [الإكراه[104]] الذي لا يؤخذ به ما كان ظلما أن يهدد ويضرب من لا يجوز فعل ذلك به، وقد أجمع الناس على [أن[105]] من أسلم بعد القتال والسيف أنه مسلم كالطائع بغير إكراه لأنه إكراه بحق، ولو أكره/

276 ذمي على الإسلام لم يكن إسلامه إسلاما إن رجع عنه [وادعى[106]] أن ذلك كان للإكراه؛ لأن الذمة التي عقدت لهم تمنع من إكراههم، فإكراههم على ذلك ظلم.انتهى. وفي الفصل الثالث من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون في الدعاوى بالتهم والعدوان ما نصه: إذا كان المدعى عليه بذلك ليس من أهل تلك التهمة فهذا النوع لا تجوز عقوبته اتفاقا، واختلف في عقوبة المتهم له على قولين، والصحيح منهما أنه يعاقب. ثم قال في آخر الفصل: قال الباجي: وإذا كان المدعى عليه مجهول الحال فظاهر ما في المذهب يقتضي أن الأدب على المدعى عليه وعليه اليمين، وفي الواضحة ما يقتضي أنه يخلى سبيله دون يمين، وقد أطال رحمه الله في هذا الفصل الكلام، فقول المؤلف: "وفي حلف المجهول قولان" يشير إلى كلام ابن يونس المتقدم وكلام الباجي الذي نقله ابن فرحون، وانظر ما ذكره البساطي رحمه الله. والله أعلم.

الحديث ....

[101] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص275.
[102] – في المطبوع فمبرز وم101 ويحيى127 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 والشيخ219.
[103] *– في المطبوع والشيخ219 وما شابههم وما بين المعقوفين من يحيى128.
[104] – في المطبوع الاقرار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 275 وم101 ويحيى128 والشيخ219.
[105] – ساقطة من المطبوع والشيخ219 وسيد47 وقد وردت في يحيى128 وم101.
[106] *– في المطبوع وإن ادعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص276.

نص خليل

وَضَمِنَ بِالِاسْتِيلَاءِ وَإِلاَّ فَتَرَدُّدٌ كَأَن مَّاتَ أَوْ قُتِلَ عَبْدٌ قِصَاصًا أَوْ رَكِبَ أَوْ ذَبَحَ أَوْ جَحَدَ وَدِيعَةً أَوْ أَكَلَ بِلاَ عِلْمٍ.

متن الحطاب

فرع: قال في ثاني مسألة من سماع يحيى من كتاب الغصب فيمن عرف بالغصب لأموال الناس: فسئل صاحب الحق البينة على أنه غصبه ما يدعيه فلا يجدها على حضور الغصب ومعاينته، لكنهم إنما كانوا يعرفون الحق للمدعي إلى أن صار بيد الظالم لا يدرون كيف صار إليه، إلا أن صاحب الحق كان يشكوا إليهم أنه غصبه، أو سمعوا ذلك من جيرانهم، أو لا يذكرون شيئا إن ذلك يوجب للمدعي أخذ حقه، إلا أن يأتي الظالم ببينة على اشتراء صحيح أو عطية ممن كان يأمن ظلمه، أو يأتي [بوجه حق[107]] ينظر فيه، فإن جاء بالبينة على أنه اشترى فزعم البائع أن ذلك البيع كان خوفا من شره وهو ممن يقدر على العقوبة إن امتنع من مبايعته قال: أرى أن يفسخ ذلك البيع إذا ثبت أن المشتري موصوف بما زعم البائع من استطالته وظلمه، وأنه قد عمل ذلك بغيره.

قلت: فإن زعم البائع أنه إنما دفع إليه الثمن في العلانية ثم دس إليه من يأخذه منه سرا ولو لم يفعل ذلك لقي منه شرا قال: لا أرى أن يقبل قوله وعليه دفع الثمن بعد أن يحلف الظالم بالله لقد دفع إليه الثمن ثم لم يرتجعه ولم يأخذه منه بعد دفعه إليه. قال ابن رشد: أما ما ذكره من أن الظالم المعروف بالغصب لا ينتفع بالحيازة وإن طالت فلا أعلم فيه خلافا، وأما إن ثبت الشراء ودفع الثمن فادعى البائع أنه أخذه منه في السر فهو مدع، فوجب أن يكون القول قول الغاصب، وقد روي عن يحيى أن المشتري إذا عرف بالعداء والظلم أن القول قول البائع مع يمينه، وقاله ابن القاسم. وقع ذلك في بعض الروايات، وهو إغراق إذا أقر أنه دفع إليه الثمن ثم ادعى أنه أخذه منه، وأما لو لم يقر بقبض الثمن وقال إنما أشهدت له على نفسي بقبضه تقية على نفسي لأشبه أن يصدق في ذلك مع يمينه في المعروف بالغصب، وإنما يكون قول يحيى من تصديق البائع فيما ادعى من أنه دس إليه من أخذ منه الثمن في السر إذا شهد له أنه قد فعل ذلك بغيره. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: وضمن بالاستيلاء ش: تصوره واضح. سئلت عن رجل غصب بعيرا أو سرقه ثم إنه ضل منه فجعل جعلا لمن يأتيه به، فأتاه به شخص فأخذه وغاب فهل لرب الجمل مطالبة الذي أتى بالجمل بعد هروبه أم لا؟ فأجبت بأنه إن كان عالما بأنه غصبه أو سرقه فإنه ضامن، وإن لم يعلم بذلك فلا ضمان عليه. أخذا من مسألة الوكيل يتعدى ويوكل غيره [حيث[108]] لا يجوز له، فقد ذكر ابن رشد في نوازله هذا التفصيل. والله أعلم.

277 ص: [أو ذبح[109]] ش: قال/ ابن الحاجب: وإذا ذبح الشاة ضمن قيمتها، وقال محمد: إذا لم يشوها فلربها أخذها مع أرشها. قال ابن عبد السلام: ظاهره أنه ليس له في القول الأول إلا قيمتها، ويعد ذبحها [إفاتة[110]] مطلقا، وهو ظاهر ما حكاه غيره، وقال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير بين أخذ قيمتها أو أخذها بعينها على ما هي عليه من غير زيادة. انتهى. وقال ابن عرفة: الجلاب:

الحديث

....

---

[107] *- في الشيخ220 وسيد47 بحق بوجه وكذا في عدود ص276 نسخة.

[108] *- في المطبوع فحيث وما بين المعقوفين من يحيى128 وم101 وسيد47 والشيخ220.

[109] *- في المطبوع أو ذبح شاة وما بين المعقوفين من يحيى128 وم101 وسيد47 والشيخ220.

[110] – في المطبوع افاته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 277 وم101 ويحيى128 والشيخ220.

نص خليل

أَوْ أَكْرَهَ غَيْرَهُ عَلَى التَّلَفِ أَوْ حَفَرَ بِئْرًا تَعَدِّيًا وَقُدِّمَ عَلَيْهِ الْمُرْدِي إِلاَّ لِمُعَيَّنٍ فَسِيَّانِ أَوْ فَتَحَ قَيْدَ عَبْدٍ لِئَلاَّ يَأْبَقَ أَوْ عَلَى غَيْرِ عَاقِلٍ إِلاَّ بِمُصَاحَبَةِ رَبِّهِ أَوْ حِرْزًا الْمِثْلِيَّ وَلَوْ بِغَلاَءٍ بِمِثْلِهِ وَصَبِرَ لِوُجُودِهِ وَلِبَلَدِهِ وَلَوْ صَاحَبَهُ وَمُنِعَ مِنْهُ لِلتَّوَثُّقِ وَلاَ رَدَّ لَهُ.

متن الحطاب

من غصب شاة فذبحها ضمن قيمتها وكان له أكلها، وقال محمد بن مسلمة لربها أخذها، ويضمن الغاصب ما بين قيمتها مذبوحة وحية، ثم ذكر كلام ابن الحاجب و[كلام[111]] ابن عبد السلام، ثم قال ما ذكره من أن ذبحها فوت يوجب قيمتها لا أعرفه في الذبح نصا، بل تخريجا مما حكاه المازري فيمن طحن القمح ثم ذكره. ثم قال: وقوله: "قال بعضهم عن ابن القاسم إن ربها مخير" ظاهره أنه لم يقف عليه نصا لابن القاسم، وفي رسم الصبرة وذكر فيه عن ابن القاسم أنه يخير. ثم قال: قبله ابن رشد، ولم يزد شيئا، ولا ذكر في أن لربها أخذها مذبوحة خلافا. انتهى. وما ذكره ابن عرفة صحيح، فقد شرح التلمساني كلام الجلاب المتقدم بأن ربها مخير، وذكر ابن رشد في أجوبته في أوائل كتاب الجامع في المسألة التي تكلم فيها على معاملة مَنْ مَالُهُ حَرَامٌ أو بعضه أن رب الشاة مخير، ولم يذكر في ذلك خلافا، وذكر أنه لا يجوز شراؤها من الغاصب، وحصل هناك قاعدة وهي إن ما فات عند الغاصب ولم يكن لربه أخذه بلا خلاف فهذا يكره له شراؤه، وما كان في فواته خلاف، والقول بعدم الفوات ضعيف فيكره وتشتد الكراهة، وما كان في فوته خلاف قوي فلا يجوز شراؤه، وكذا ما كان ربه مخيرا في أخذه لا يجوز شراؤه. انتهى. ونقل ذلك البرزلي في مسائل الغصب وكلام ابن ناجي في شرح كتاب الاستحقاق من المدونة يقتضي أنه لم يقف على كلام ابن رشد، وكذلك ابن عرفة. والله أعلم.

278 ص: **أو أكره غيره على التلف** ش: انظر/ نوازل سحنون من كتاب الغصب وسماع ابن القاسم في رسم حمل صبيا من كتاب الأيمان بالطلاق وكتاب الإكراه في النوادر وكلام القرافي في شرح المحصول وكلام ابن يونس في أوائل الوديعة. وقال في المسائل الملقوطة: العمد والخطأ والإكراه في أموال الناس سواء، يجب ضمانها وهو من خطاب الوضع، ولا يشترط فيه التكليف والعلم، فلا فرق في الإتلاف بين الصغير والكبير والجاهل والعالم، ولا يلتفت للضرب والحبس وغير ذلك من أنواع التهديد، والإكراه في مال نفسه ينفعه الرجوع فيه. انتهى. وقال النووي: اتفق العلماء على أنه لو جاء ظالم يطلب إنسانا مختفيا ليقتله أو يطلب وديعة لإنسان ليأخذها غصبا فسأل عن ذلك وجب على من علم ذلك إخفاؤه وإنكار العلم به. انتهى. وذكر ابن ناجي في باب جمل من الفرائض أن الكذب الواجب هو الذي لإنقاذ مسلم أو ماله. انتهى.

ص: **المثلي ولو بغلاء بمثله** ش: هذا إذا فات، أما إذا كان الشيء المغصوب موجودا وأراد ربه أخذه

279 وأراد الغاصب إعطاء مثله فلربه أخذه. قال ابن رشد في أول كتاب الجامع من نوازله:/ إذا كان الحرام عند آخذه لم يفت رُدَّ بعينه إلى ربه ومالكه، وسواء كان له مال حلال أو لم يكن يعني للغاصب، ولا يحل لأحد أن يشتريه منه إن كان عرضا، ولا يبايعه فيه إن كان عينا، ولا يأكله إن

الحديث ....

---

[111] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 277 وم102 ويحيى128 والشيخ220.

نص خليل ....

متن الحطاب كان طعاما، ولا يقبل منه شيئا هبة، ولا يأخذه منه في حق كان له عليه، ومن فعل شيئا من ذلك وهو عالم كان سبيله سبيل الغاصب في جميع أحواله، وكذا إن فات عند الغاصب ولم يذهب بأمر من السماء أو بجناية من غير الغاصب عليه لأن ذلك لا يقطع تخيير صاحبه [في[112]] أخذه، وكذلك أيضا لو أفاته الغاصب إفاتة لا تقطع تخيير صاحبه في أخذه مثل أن يكون شاة فيذبحها أو بقعة فيبنيها دارا أو ثوبا فيخيطه أو يصبغه أو ما أشبه ذلك، ولو أفاته إفاتة تلزمه بها القيمة أو المثل فيما له المثل ويسقط خيار ربها في أخذها عند بعض العلماء كالفضة يصوغها حليا، والصفر يفعل منه قدحا والخشب يصنع منه توابيت وأبوابا والصوف والحرير والكتان يعمل من ذلك ثيابا وما أشبه ذلك لما جاز أيضا لأحد أن يشتريه ولا أن يستوهبه، بخلاف من يقول من العلماء إن لرب هذه الأشياء أن يأخذ الفضة مصوغة والصفر معمولا والخشب مصنوعا والثياب منسوجة دون شيء يكون عليه للغاصب؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: {ليس لعرق ظالم حق[1]}. انظر بقية كلامه.

تنبيه: قال في التوضيح في كتاب الصرف عن ابن القاسم إنهم اتفقوا على أن الدنانير والدراهم تتعين بالنسبة إلى من كان ماله حراما أو كان في ماله شبهة، فإذا أراد من هو من أهل الخير أخذ عين دنانيره ودراهمه من الغاصب الذي ماله حرام أو في ماله شبهة مكن من ذلك باتفاق، ثم قال: وانظر الاتفاق الذي حكاه المصنف مع قول ابن الجلاب ومن غصب دراهم فوجدها ربها بعينها وأراد أخذها وأبى الغاصب أن يردها، وأراد رد مثلها فذلك للغاصب دون ربها. قاله ابن القاسم. انتهى.

قلت: ذكر ابن عرفة عن ابن شاس أنه إذا أراد الغاصب إعطاء ربها غير عينها فإن افترقا في الحل والتحريم أو الشبهة فلربها أخذ عينها اتفاقا، وإلا فالمشهور كذلك. انتهى. وما ذكره عن ابن الجلاب ذكره هو في باب الغصب. وقال بعده: وقال بعض أصحابنا وهو الشيخ أبو بكر الأبهري ذلك لربها دون غاصبها، وقال غيره لم يقل ذلك ابن القاسم في الغصب وإنما ذكره في البيوع لأن البيع بها واقع على صفة؛ لأنها لا تراد لعينها ولا غرض في ذلك، وأما المغصوب فله غرض في أخذ عين ماله لأنه حلال، ومال الغاصب حرام، فكيف يمنع من ذلك؟ ولم يقله ابن القاسم فيه، وإنما تأول عليه في هذا قوله في البيع ولا شبهة. انتهى. وقال الشيخ سليمان البحيري بعد أن ذكر كلام التوضيح: وما نقله ابن الجلاب عن ابن القاسم هو خلاف المشهور. انتهى. وذكر التلمساني في شرح الجلاب والقرافي عن المدونة في كتاب الشفعة ما يدل على أن لربها أخذها، والذي لابن القاسم في البيع هو ما في كتاب السلم فيمن أسلم [في طعام[113]] ثم أقالك قبل التفرق ودراهمك في يده، فأراد أن يعطيك غيرها فذلك له وإن كنت شرطت استرجاعها بعينها. انتهى. فعلم مما تقدم أنه ليس للغاصب أن يحبس المثلي حيث لم [يحصل[114]] فيه مفوت [ويدفع[115]] مثله. والله أعلم.

الحديث 1- أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والفيء، رقم الحديث 3073، وأصله في البخاري، كتاب الحرث والمزارعة، رقم الحديث 2335.

---

112 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 ويحيى129 والشيخ221.

113 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 وم102 ويحيى129 والشيخ222.

114 *- في المطبوع يجعل وما بين المعقوفين من م102 ويحيى129 والشيخ222 وسيد47.

115 - في المطبوع ولم يدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 279 وم102 ويحيى129 والشيخ222.

نص خليل

كَإِجَازَتِهِ بَيْعَهُ مَعِيبًا زَالَ وَقَالَ أَجَزْتُ لِظَنِّ بَقَائِهِ كَنُقْرَةٍ صِيغَتْ وَطِينٍ لُبِّنَ وَقَمْحٍ طُحِنَ وَبَذْرٍ زُرِعَ وَبَيْضٍ أُفْرِخَ إلاَّ مَا بَاضَ إنْ حَضَنَ وَعَصِيرٍ تَخَمَّرَ وَإِنْ تَخَلَّلَ خُيِّرَ كَتَخَلُّلِهَا لِذِمِّيٍّ وَتَعَيَّنَ لِغَيْرِهِ وَإِنْ ضُيِّعَ كَغَزْلٍ وَحَلْيٍ وَغَيْرِ مِثْلِيٍّ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ غَصْبِهِ وَإِنْ جِلْدَ مَيْتَةٍ لَمْ يُدْبَغْ أَوْ كَلْبًا وَلَوْ قَتَلَهُ تَعَدِّيًا وَخُيِّرَ فِي الأَجْنَبِيِّ فَإِنْ تَبِعَهُ تَبِعَ هُوَ الْجَانِي فَإِنْ أَخَذَ رَبُّهُ أَقَلَّ فَلَهُ الزَّائِدُ مِنَ الْغَاصِبِ فَقَطْ وَلَهُ هَدْمُ بِنَاءٍ عَلَيْهِ.

متن الحطاب

280 ص: **كإجازته بيعه معيبا زال وقال/ أجزت لظن بقائه** ش: قال في المدونة: ومن غصب أمة بعينها بياض فباعها ثم ذهب البياض عند المبتاع فأجاز ربها البيع، ثم علم بذهاب البياض فقال إنما أجزت البيع ولم أعلم بذهاب البياض، وأما الآن فلا أجيزه فلا يلتفت إلى قوله، ولزمه البيع، وقال أبو الحسن الصغير لم يلتفت إلى قوله وإن كان صادقا في قوله، وانظر قوله: "ثم ذهب البياض عند المبتاع" فمفهومه لو ذهب عند الغاصب لكان الحكم خلاف هذا. ابن يونس: قال بعض الفقهاء، لو ذهب عند الغاصب وأجاز البيع لانبغى أن يكون له متكلم؛ لأن البيع وقع على غير الصفة التي يعرفها فيقول إنما أجزت البيع على ما كنت أعرف. ابن يونس: لأنه يقول إنما أجزت بيع جارية عوراء بهذا الثمن، ولو علمت أن بياضها قد زال قبل البيع ما بعتها بمثل هذا الثمن، وأما التي بيعت عوراء فقد بيعت على ما كان يعرف فقد رضي بتسليمها على ذلك الحال فلا حجة له. ابن يونس: ويحتمل أن يقال لا حجة له في الوجهين؛ لأنه لو شاء استثبت ولم يعجل وهي حجة مالك في الأولى، وقال عبد الحق لا حجة له في الوجهين، وقول مالك: "لو شاء لم يعجل" يعم الوجهين. انتهى كلام أبي الحسن.

ص: **وعصير تخمر** ش: قال اللخمي: وفي ثمانية أبي زيد من تعدى على جرة عصير فكسرها فإن دخله عرق خل ولم يتخلل غرم قيمته على الرجاء والخوف بمنزلة الثمرة، وإن ظهر أنه خمر ولم يدخله عرق خل فلا شيء عليه لأنه كسره في حين لو علم به لم يحل إمساكه. انتهى.

ص: **وإن صنع كغزل وحلي وغير مثلي** ش: قال بعضهم إنه رأى خط المؤلف بالضاد المعجمة

281 والياء التحتية مبنيا للنائب، وهو ظاهر، أشار به/ إلى أن الغاصب إذا غصب غزلا ثم ضاع ذلك الغزل إما بسبب ذلك الغاصب أو بغير سببه فإنه يلزم غرم قيمته، وهذا الذي صدر به ابن الحاجب، وكذلك الحلي إذا غصبه وتلف فإنه يلزمه غرم قيمته، ونبه بالغزل والحلي على مذهب ابن القاسم في المثلي إذا دخلته الصنعة أنه يصير من المقومات، وكذلك أيضا المثلي الجزاف؛ يعني به أن ما كان من المثليات إذا كان لا يباع بكيل ولا وزن ولا عدد وإنما يباع جزافا فغصبه أحد وتلف كان عليه القيمة؛ لأنه صار من المقومات حيث لم يحصر مما ذكر.

ص: **فقيمته يوم غصبه** ش: يعني أن المغصوب المقوم أو ما في حكمه مما تجب فيه القيمة إنما تعتبر القيمة فيه يوم الغصب. هذا هو المذهب، وقال أشهب تلزمه أعلى قيمة مضت عليه من [يوم[116]] غصبه إلى يوم تلفه، ونقله ابن شعبان عن ابن وهب وعبد الملك.

ص: **ولو قتله بعداء** ش: كذا في بعض النسخ بعداء بباء الجر [الداخلة[117]] على عداء وهو بفتح العين المهملة والمد. قاله في الصحاح . وهو تجاوز الحد في الظلم، وفي بعض النسخ ولو تعديا بالتاء المثناة من

الحديث

....

[116] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 281 وم102 ويحيى130 والشيخ223.

[117] *– في المطبوع الدخلة وما بين المعقوفين من الشيخ223 ويحيى130 وم102 وسيد47.

نص خليل

وَغَلَّة مُسْتَعْمَلٍ وَصَيْدُ عَبْدٍ وَجَارِحٍ وَكِرَاءُ أَرْضٍ بُنِيَتْ كَمَرْكَبٍ نَخِرٍ وَأَخْذُ مَا لاَ عَيْنَ لَهُ قَائِمَةٌ وَصَيْد شَبَكَةٍ وَمَا أَنْفَقَ فِي الْغَلَّةِ وَهَلْ إِنْ أَعْطَاهُ فِيهِ مُتَعَدِّدٌ عَطَاءً فَبِهِ أَوْ بِالأَكْثَرِ مِنْهُ وَمِنَ الْقِيمَةِ تَرَدُّدٌ وَإِنْ وَجَدَ غَاصِبَهُ بِغَيْرِهِ وَغَيْرِ مَحَلِّهِ فَلَهُ تَضْمِينُهُ وَمَعَهُ أَخْذُهُ إِن لَّمْ يَحْتَجْ لِكَبِيرِ حَمْلٍ لاَ إِنْ هَزِلَتْ جَارِيَةٌ أَوْ نَسِيَ عَبْدٌ صَنْعَةً ثُمَّ عَادَ.

متن الحطاب

فوق، ويعني أنه يضمن المقوم بقيمته يوم غصبه ولو كان الغاصب قتل المغصوب تعديا منه، وهذا قول ابن القاسم وأشهب، وقال سحنون وابن القاسم في أحد قوليه له أخذه بقيمته يوم القتل كالأجنبي.

282 ص: **وغلة مستعمل** ش: هذا هو المشهور أنه/ يضمن غلة ما [استعمله واستغله[118]] من رباع وحيوان، وهو خلاف مذهب المدونة، فإنه قال في كتاب الغصب إنه لا يرد غلة العبيد والدواب، وقال

283 في كتاب الاستحقاق: ولا يرد غلة الحيوان مطلقا، وما مشى عليه/ المصنف. قال في التوضيح: صرح المازري وصاحب المعين [وغيرهما[119]] بتشهيره، وشهره ابن الحاجب، وقال ابن عبد السلام هو الصحيح عند ابن العربي وغيره من المتأخرين.

فرع: من غصب منفعة دار واستأجر منه رجل تلك المنفعة فلربها أخذ [الاجرة[120]] من الغاصب أو من المستأجر، عالما كان أو جاهلا، كما لو غصب طعاما وباعه واستهلكه المشتري فلرب الطعام أن يضمن من شاء منهما، بخلاف ما إذا غصب الرقبة وأكراها. قاله في نوازل عيسى من كتاب الغصب.

ص: **وهل إن أعطاه فيه متعدد عطاء [فيه[121]] أو بالأكثر منه ومن القيمة تردد** ش: يعني أن من كان له متاع أو سلعة أو شيء [فتسوق[122]] به فأعطاه فيه ناس متعددون ثمنا، ثم تعدى عليه شخص فغصبه ذلك الشيء واستهلكه فهل يضمن الغاصب لرب المتاع ذلك الثمن الذي أعطي فيه أو يضمن الأكثر منه ومن القيمة؟ تردد. هذا حل كلامه، والمسألة في سماع ابن القاسم من كتاب الغصب، ونصها: قال مالك في رجل تسوق فيعطيه غير واحد ثمنا، ثم يعدو عليه رجل فيستهلكها قال: أرى أن يضمن ما كان يعطى بها ولا ينظر في قيمتها. قال: وذلك إذا كان عطاء قد تواطأ عليه الناس ولو شاء أن يبيع به باع. [قال سحنون:[123]] [لا[124]] يضمن إلا قيمتها. قال عيسى: يضمن الأكثر من القيمة والثمن. انتهى. وظاهر كلام العتبي وابن يونس أيضا أن المستهلك لا يضمن إلا ما أعطي فيها، سواء زاد على القيمة أو نقص، وكلام ابن رشد خلافه، فأشار بالتردد لترددهم في فهم كلام ملك. فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإن وجد غاصبه بغيره وغير محله فله تضمينه** ش: تصوره ظاهر.

الحديث ....

---

[118] – في المطبوع استعمل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 282 ويحيى130 والشيخ223.

[119] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص283.

[120] – في المطبوع المنفعة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 283 وم103 ويحيى130 والشيخ223.

[121] – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص283.

[122] – في المطبوع تسوق وما بين المعقوفين من ن عدود ص283.

[123] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 283 وم103 ويحيى130 والشيخ223.

[124] – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من ن ذي ص 283 والشيخ223.

نص خليل

أَوْ خَصَاهُ فَلَمْ يَنْقُصْ أَوْ جَلَسَ عَلَى ثَوْبِ غَيْرِهِ فِي صَلاَةٍ أَوْ دَلَّ لِصًّا أَوْ أَعَادَ مَصُوغًا عَلَى حَالِهِ وَعَلَى غَيْرِهَا فَقِيمَتُهُ كَكَسْرِهِ أَوْ غَصَبَ مَنْفَعَةً فَتَلِفَت الذَّاتُ أَوْ أَكَلَه مَالِكُهُ ضِيَافَةً.

متن الحطاب

فرع: قال البرزلي: وقعت مسألة وهو أنه وجبت قناطر من كتان من عداء على رجل بتونس، وكان تعديه عليها بالإسكندرية، فوقع الحكم عليه بدفع قيمته/ بالإسكندرية في تونس لتعذر الطريق إلى الإسكندرية عن قرب بر أو بحر، ولو لم يتعذر الطريق لم يقض إلا بمثلها في الإسكندرية، وهي مثل ما حكى ابن رشد فيمن سلف طعاما لأسير في بلاد الحرب أو في بلاد الإسلام ثم أخذها العدو أو تعذر الوصول إليها فقيل يقضى بقيمتها في ذلك البلد يوم الحكم يأخذه ربه إن وجده، وقيل لا يقضى إلا بمثله في ذلك البلد إلا أن يتفقا على شيء يجوز، وكذلك لو دفعه في قرية الأسير، وهي [تجري[125]] على الخلاف هل هو استهلاك أو قرض؟ وأما لو كان الكتان جزافا أو الطعام كذلك لم يقض إلا بقيمته يوم العداء، وأنه يأخذها حيث [وجده.[126]] انتهى.

284

ص: أو خصاه فلم ينقص ش: قد تكلم عليه ابن غازي بما يغني ويؤخذ من هنا أن الخصاء ليس بمثلة، ولو كان مثلة لعتق على الغاصب وغرم لربه قيمته كما قال في كتاب الغصب من المدونة، وأما من تعدى على عبد رجل ففقأ عينه أو قطع له جارحة أو جارحتين فما كان من ذلك فسادا فاحشا حتى لم يبق فيه كبير منفعة فإنه يضمن قيمته ويعتق عليه، وكذلك الأمة. والله أعلم.

ص: أو دل لصا ش: انظر كيف مشى هنا على أنه لا يضمن، مع أن الذي جزم به ابن رشد في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق أنه يضمن ولو أكره على ذلك، وهو الذي اختاره أبو محمد كما سيأتي فتأمله. ولعل المصنف مشى على هذا القول لأنه يفهم من كلام ابن يونس في آخر كتاب الغصب أنه الجاري على مذهب ابن القاسم في مسألة دلالة المحرم على الصيد فتأمله. وأصل المسألة في النوادر، ونقل فيها القولين بالتضمين وعدمه في آخر كتاب الغصب، ونقل القولين عنه ابن يونس في آخر كتاب الغصب. ثم قال بعدهما: قال أبو محمد: وأنا أقول بتضمينه؛ لأن ذلك من وجه التغرير، وكذا نقل البرزلي عن ابن أبي زيد أنه أفتى بالضمان، وذكر الشيخ أبو محمد مسائل جملة في أواخر كتاب الغصب من الغرور بالقول، وذكر منها مسألة الصيرفي يغر من نفسه أو يقول في الرديء إنه جيد، وذكرها أيضا في آخر كتاب تضمين الصناع، وذكرها في المدونة أيضا في كتاب تضمين الصناع، وانظر الغرور بالقول والفعل في ابن عرفة، وفي المسائل الملقوطة: مسالة: من أجوبة القرويين في القائل للرجل بع سلعتك من فلان فإنه/ ثقة مليء فيجده بخلاف ذلك فقال لا يغرم إلا أن يغره وهو يعلم بحاله. انتهى.

285

ص: ككسره ش: هذا التشبيه راجع إلى ما لا يغرم فيه القيمة، وإنما يأخذ فيه الشيء المغصوب لكن [يأخذ[127]] هنا أيضا قيمة الصياغة. قال ابن الحاجب: ولو كسره أخذه وقيمة الصياغة، وسكت

الحديث ....

---

125 – في المطبوع تحري وما بين المعقوفين من ن عدود ص284.

126 – في المطبوع وجدها وم103 ويحيى130 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 284 والشيخ224.

127 *– في المطبوع يؤخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص284.

نص خليل

أَوْ نَقَصَت لِلسُّوق أَوْ رَجَعَ بِهَا مِنْ سَفَرٍ وَلَوْ بَعُدَ كَسَارِقٍ وَلَهُ فِي تَعَدِّي كَمُسْتَأْجِرٍ كِرَاءُ الزَّائِدِ إنْ سَلِمَت وَإلاَّ خُيِّرَ فِيهِ وَفِي قِيمَتِهَا وَقْتَه وَإنْ تَعَيَّبَ وَإنْ قَلَّ كَكَسْرِ نَهْدَيْهَا أَوْ جَنَى هُوَ أَوْ أَجْنَبِيٌّ.

متن الحطاب

المؤلف هنا عنه لوضوحه. والله أعلم.

ص: **أو نقصت للسوق** ش: كذا في بعض النسخ بجر السوق بلام التعليل؛ أي نقصت السلعة لأجل تغير سوقها لا لشيء في بدنها، وفي بعض النسخ نقصت السوق؛ أي نقص سوقها، وعلى هاتين النسختين فيكون معطوفا على ما لا ضمان فيه [مما[128]] قبلها، وفي بعض النسخ أو نقصت لا لسوق بإدخال لا النافية على السوق المنكر المجرور باللام، والمعنى أن السلعة المغصوبة نقصت في بدنها لا لأجل سوقها، ويكون معطوفا على ما يضمن فيه القيمة؛ وهو قوله: "وعلى غيرها فقيمته ككسره". والله أعلم.

ص: **أو رجع بها من سفر ولو بعد كسارق** ش: هذا مما دخل تحت قوله: "وغلة مستعمل" وإنما ذكرها هنا ليبين أن هذا الفعل من الغاصب ليس بفوت يوجب تخيير ربها فيها وفي قيمتها، وليبين أنه يوجب ذلك من [المتعدي[129]] كالمستأجر ونحوه، وليس مقصوده أنه لا كراء على الغاصب، فليس معارضا لما تقدم، ومن يحمله على نفي الكراء [عن[130]] الغاصب كما هو مذهب المدونة فيحتاج أن يقيد ما تقدم بذلك. قال ابن الحاجب لما أن عد بعض ما يكون فوتا يوجب تخيير رب السلعة فيها وفي قيمتها ما نصه: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد بحالها لم يلزم سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير، وفي الجميع قولان.

قال ابن عبد السلام: ستأتي مسألة المدونة التي ذكرها المؤلف بعد هذا. انتهى. ويشير إلى قوله: فإن استغل واستعمل. ثم قال ابن عبد السلام ما نصه: ثم هذا الحصر الذي أعطاه كلام المؤلف حيث قال: "لم يلزم سواها" يحتمل أن يبقى على ظاهره فلا يكون على الغاصب كراء في سفره على الدابة، ويحتمل أن يريد نفي قيمة الدابة التي يكون رب المال مخيرا فيها في التعدي لا كراء الدابة. انتهى. [ولما كان[131]] ابن الحاجب يذكر الأقوال في الغلة قال في كلامه هنا: يحتمل ويحتمل، فأما المصنف فلم يذكر أولا إلا المشهور وهو ضمان غلة/ المغصوب المستعمل مطلقا، فيحمل كلامه هنا على نفي الضمان، إلا أن [يحمل[132]] كلامه الأول على مذهب المدونة ويقيد فيصح. والله أعلم.

286

ص: **وله في تعدي كمستأجر كراء الزائد إن سلمت وإلا خير فيه وفي قيمتها وقته** ش: فسر الشارح مثل المستأجر[بالمستعير،[133]] ومعنى كلامه أن الدابة إذا سلمت في تعدي المستأجر وشبهه

الحديث

....

128 *- في المطبوع بما وما بين المعقوفين من يحيى130 والشيخ224.

129 - في المطبوع التعدي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 285 وم103 ويحيى130 والشيخ224.

130 *- في المطبوع ويحيى131 على وما بين المعقوفين من م103 والشيخ224 وسيد48.

131 - في المطبوع ولما ان كان وم103 ويحيى131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 285 والشيخ225.

132 *- في المطبوع يجعل وما بين المعقوفين من يحيى131 وم103 والشيخ225 وسيد48.

133 *- في المطبوع المستعير وما بين المعقوفين من ن ذي ص286 ويحيى131 وم103 وسيد48 والشيخ225.

نص خليل خُيِرَ فِيهِ.

متن الحطاب كالمستعير فليس لربها إلا كراء الزائد فقط ولا تخيير له، وإنما يخير مع عدم السلامة، وظاهره أن ذلك يتعين، سواء كانت الزيادة كثيرة أو قليلة ولا يخير، وهذا مخالف لما قدمه في فصل العارية وفي فصل كراء الدواب وفصل الوديعة، وخلاف لما في المدونة ولما قاله ابن الحاجب، وقبله في التوضيح.
قال في المدونة: وأما المكتري أو المستعير يتعدى المسافة تعديا [بعيدا أو[134]] يحبسها أياما كثيرة ولم يركبها، ثم يردها بحالها فربها مخير في أخذ قيمتها يوم التعدي أو يأخذها مع كراء حبسه إياها بعد المسافة. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو رجع بالدابة من سفر بعيد على حالها لم يلزمه سواها عند ابن القاسم، بخلاف تعدي المكتري والمستعير، وفي الجميع قولان. قال ابن عبد السلام: بخلاف المكتري والمستعير يزيدان في المسافة زيادة بعيدة، ثم يردان الدابة على حالها فلرب الدابة أخذها، وله تركها وأخذ القيمة.
وقال في التوضيح: بخلاف تعدي المكتري والمستعير إذا زاد في المسافة زيادة بعيدة فإن ربها بالخيار، فإن أحب أخذها وكراءها من موضع التعدي إلى غايته، وإن أراد أخذ قيمة دابته من المكان الذي تعدى عليه وله الكراء الأول في الكراء. ثم قال: وفهم من قوله -يعني ابن الحاجب- سفر بعيد أنه لو تعدى المستعير والمكتري موضعا قريبا أو زمنا قريبا أنه لا يكون له تضمين الدابة، وفي الباجي إذا أمسكها أياما يسيرة زائدة على أيام الكراء لا ضمان عليه وإنما له الكراء في أيام التعدي مع الكراء الأول. قاله مالك وأصحابه. انتهى. وما ذكره عن الباجي نحوه في المدونة كما سيأتي إن شاء الله، فلو زاد المؤلف مع قوله: "إن سلمت" لفظ وقربت -يعني مسافة التعدي- لكان أحسن؛ لأن قوله: "إن سلمت" لا يوافق المنصوص؛ إذ لا فرق بين سلامتها وعدم سلامتها إلا مع قرب المسافة.
قال في المدونة بعد الكلام المتقدم بأسطر: قال ابن القاسم: وإذا زاد المكتري للدابة أو المستعير في المسافة ميلا أو أكثر فعطبت ضمن وخير ربها، فإما ضمنه قيمتها يوم التعدي ولا كراء له في الزيادة، وإما ضمنه كراء الزيادة فقط ولا شيء له من قيمتها، وعلى المكتري الكراء الأول بكل حال، ولو ردها بحالها والزيادة يسيرة مثل البريد أو اليوم وشبهه لم تلزم قيمتها، ولا يضمن إلا كراء الزيادة فقط. انتهى. والله أعلم.
ص: **خير فيه** ش: يعني أنه يخير المغصوب منه في الشيء المغصوب؛ يريد وفي قيمته في ثلاث مسائل: الأولى إذا تعيبت بسماوي. الثانية إذا تعيبت بجناية [الأجنبي.[135]] الثالثة إذا تعيبت بجناية الغاصب، أما [الأولى[136]] فليس له إلا أخذه بغير أرش أو أخذ القيمة. قال في المدونة: وما أصاب السلعة بيد الغاصب من عيب قل أو كثر بأمر من الله فربها مخير في أخذها معيبة أو تضمينه قيمتها يوم الغصب وإن كانت جارية فأصابها عنده عور أو عمى أو ذهاب يد بأمر من الله [بغير سببه[137]] فليس لربها أن يأخذها وما نقصها عند الغاصب، إنما له أخذها ناقصة أو قيمتها يوم

الحديث ....

[134] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 وم103 ويحيى131 والشيخ225.
[135] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 والشيخ225 وم104.
[136] – في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن ذي ص 286 وم104 ويحيى131 والشيخ225.
[137] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 286 ويحيى131 والشيخ226.

نص خليل كَصَبْغِهِ فِي قِيمَتِهِ وَأَخْذِ ثَوْبِهِ وَدَفْعِ قِيمَةِ الصِّبْغِ وَفِي بِنَائِهِ فِي أَخْذِهِ وَدَفْعِ قِيمَةِ نَقْضِهِ بَعْدَ سُقُوطِ كُلْفَةٍ لَمْ يَتَوَلَّهَا وَمَنْفَعَةَ الْبُضْعِ وَالْحُرِّ بِالتَّفْوِيتِ.

متن الحطاب الغصب، وليس للغاصب أن يلزم ربها أخذها ويعطيه ما نقصها إذا اختار ربها أخذ قيمتها. انتهى. وذكر هذه الصورة ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافا، وأما الثانية فيخير بين أخذه وأخذ أرش الجناية من الجاني، أو تضمين الغاصب القيمة، ويتبع الغاصب الجاني. قال في المدونة إثر الكلام المتقدم بسطرين: ولو قطع يدها أي الجارية أجنبي ثم ذهب فلم يقدر عليه فليس لربها أخذ الغاصب بما نقصها، وله أن يضمنه قيمتها يوم الغصب، ثم للغاصب اتباع الجاني بما جنى عليها، وإن شاء ربها أخذها واتبع الجاني بما نقصها دون الغاصب. انتهى. وذكرها/ أيضا ابن الحاجب ولم يحك فيها خلافا، وأما الثالثة فيخير أيضا بين أخذها مع أرش الجناية من الغاصب، وبين أخذ القيمة منه. هذا مذهب المدونة قال فيها: ولو كان الغاصب هو الذي قطع يد الجارية فلربها أن يأخذها وما نقصها، أو يدعها ويأخذ قيمتها يوم الغصب. ابن يونس: قوله: "وما نقصها" يريد يوم الجناية. انتهى. وذكر ابن الحاجب فيها قولين، وعزا هذا لابن القاسم. ومقابله لأشهب، وهو أنه ليس له إلا أخذها بغير أرش أو أخذ القيمة، وجعل البساطي هذا الثاني هو المذهب، ونصه: والمنصوص أنه في جناية الأجنبي له أن يأخذه ناقصا ويتبع الأجنبي بأرش الجناية، وليس له ذلك على المذهب في السماوي وفي جناية الغاصب. انتهى. وفيه نظر؛ لأن الأول مذهب المدونة كما علمنا، ولم أر من رجح الثاني ولا من شهره. والله أعلم.

287

فرع: قال ابن عرفة: أشهب: إن غصب أشياء مختلفة فنقصت في يده فلربها تضمينه قيمتها يوم الغصب، أو أخذها ناقصة ولا شيء له، وله أخذ بعضها بنقصه وقيمة باقيها. انتهى.

ص: كصبغه في قيمته وأخذ ثوبه ودفع قيمة الصبغ ش: قال ابن الحاجب: وإذا صبغ الثوب خير المالك بين القيمة والثوب، ويدفع قيمة الصبغ، وقال أشهب لا شيء عليه في الصبغ، أما لو نقصت القيمة فلا شيء عليه ولا له أن يأخذه. قال في التوضيح: يعني إذا صبغ الغاصب الثوب فزادت قيمته أو لم تزد ولم تنقص فمذهب المدونة أنه يخير المالك فيما ذكر. ثم قال: ويدلك على ما قيدنا به كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- [من[138]] أن الثوب زادت قيمته أو لم [تزد ولم[139]] تنقص قوله في قسيم المسألة: "أما لو نقصت" إلى آخره، وهو ظاهر لأن ذلك عيب فكان كسائر العيوب. انتهى.

تنبيهان: الأول: قول التوضيح: "لأن ذلك عيب الخ" نحوه لابن عبد السلام، وإذا كان عيبا فكان الظاهر أن يغرم الغاصب الأرش إذا اختار [رب[140]] الثوب أخذه؛ لأن هذا العيب منه حدث،

الحديث ....

---

[138] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 وم104 ويحيى132 والشيخ226.

[139] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 ويحيى132 والشيخ226.

[140] – في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 287 وم104 ويحيى132 والشيخ226.

نص خليل كَحُرٍّ بَاعَهُ وَتَعَذَّرَ رُجُوعُهُ وَمَنْفَعَةَ غَيْرِهِمَا بِالْفَوَاتِ وَهَلْ يَضْمَنُ شَاكِيهِ لِمُغْرِمٍ زَائِدًا عَلَى قَدْرِ الرَّسُولِ إنْ ظَلَم أَوِ الْجَمِيعَ أَوْ لاَ أَقْوَالٌ وَمَلَكَهُ إنِ اشْتَرَاهُ وَلَوْ غَابَ أَوْ غَرِمَ قِيمَتَهُ إن لَّمْ يُمَوِّهْ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِفَضْلَةٍ أَخْفَاهَا.

متن الحطاب وقد تقدم أن مذهب المدونة تغريمه الأرش مع أخذ السلعة إذا كان من الغاصب فتأمله على أنه أطلق المسألة؛ أعني مسألة الصبغ في المدونة، ولم يقيدها بزيادة الصبغ ولا بنقصه. والله أعلم.

الثاني: قال البساطي: فإن قلت أطلق المصنف وقيدت المسألة بما إذا زادت قيمته فهل له وجه؟ قلت: المسألة متأولة كما ذكرت، وإطلاق المؤلف لا يضر؛ لأنه إن نقصت لا يتأتى فيه ذلك، وإن كانت سواء فكذلك. انتهى. فتأمل قوله: "وإن كانت سواء" فإنه مخالف للتوضيح. والله أعلم.

288 **فرع**: قال ابن عرفة: وفي تضمين الصناع منها: ولك/ أخذ ما خاطه الغاصب بلا غرم أجر الخياطة لتعديه. قلت: الفرق بينهما أن الصبغ بإدخال صنعة في المغصوب فأشبه البناء، والخياطة مجرد عمل فأشبه التزويق .انتهى.

ص: **كحر باعه وتعذر رجوعه** ش: قال في مسائل أبي عمران [الفاسي[141]] من كتاب الاستيعاب وكتاب الفضول فيمن باع حرا ماذا يجب عليه؟ قال: " [يجلد[142]] ألف جلدة ويسجن سنة، فإذا أيس منه ودى ديته إلى أهله". انتهى.

ص: **وهل يضمن شاكيه لمغرم زائدا على قدر الرسول إن ظلم أو الجميع أو لا أقوال** ش: القول الأخير أنه لا غرم عليه، وإنما عليه الأدب هو قول أكثر الأصحاب. قاله الشيخ ابن أبي زيد وابن يونس، وانظر إذا شكا شخص رجلا لحاكم جائر لا يتوقف في قتل النفس فضرب المشكو حتى مات هل يلزم الشاكي شيء أم لا؟

ص: **ولو غاب** ش: قال ابن الحاجب: وفيها لو نقل الجارية لبلد ثم اشتراها من ربها في بلد آخر جاز، وقال أشهب بشرط أن تعرف القيمة ويبذل ما يجوز فيها بناء على أصل السلامة ووجوب القيمة. ابن عرفة: إجراء القولين على الأصلين المذكورين واضح إذا اعتبر القولان من حيث ذاتهما لا من حيث قائلهما، وإجراؤهما على ذلك من حيث قائلهما مشكل؛ لأن الأول عزاه ابن عبد السلام لابن القاسم وهو يقول الواجب فيه القيمة، ووجوب القيمة لا يتأتى أن يجرى عليه اعتبار أصل السلامة، وإنما يتأتى اعتبار أصل السلامة على القول في النقل أن الواجب فيه في المغصوب أخذ شيئه، وهذا إنما هو قول سحنون، والثاني عزاه المؤلف لأشهب، وقوله في نقل المغصوب إن ربه مخير في أخذه أو قيمته، ولم يقل بوجوب القيمة إلا ابن القاسم حسبما تقدم للخمي. انتهى.

289 ص: **ورجع عليه بفضلة أخفاها** / ش: قال أشهب: ومن قال إن له أخذها فقد أخطأ كما لو نكل الغاصب عن اليمين وحلفت على صفتك، ثم ظهرت خلاف ذلك كنت قد [ظلمته[143]] في القيمة فيرجع عليك بما زدت عليه، ولا يكون له رد الجارية. انتهى من التوضيح. وانظر لو وصفها الغاصب

الحديث ....

---

[141] – في المطبوع القابسي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 288 وم104 ويحيى132 والشيخ227.

[142] – في المطبوع يحد وم104 والشيخ226 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 288 ويحيى132.

[143] – في المطبوع أظلمته وما بين المعقوفين من ن عدود ص289 م104 ويحيى132 والشيخ227.

نص خليل وَالْقَوْلُ لَهُ فِي تَلَفِهِ وَنَعْتِهِ وَقَدْرِهِ وَحَلَفَ كَمُشْتَرٍ مِّنْهُ ثمَّ غَرِمَ لآخِرِ رُؤْيَةٍ.

متن الحطاب ثم ظهرت أنقص مما وصفها فهل له رجوع أم لا؟ وكذلك لو وصفها المغصوب منه ثم ظهرت أزيد فتأمله.

ص: **والقول له في تلفه ونعته وقدره** ش: لأنه غارم، فهو مدعى عليه، فيسأل المغصوب منه عما يدعيه ثم يوقف [عليه[144]] الغاصب؛ لأنه المدعى عليه كما نبه على ذلك الباجي في كتاب الأقضية في قضية المزني لما نحر [عبيد[145]] حاطب ناقته 1، وتقدم نحو هذا في آخر الرهون. والله أعلم.

ص: **وحلف** ش: قال في الوسط: أي الغاصب في دعوى التلف والقدر والوصف، وقاله في المدونة. انتهى. وهذا يوهم أنه نص في المدونة على اليمين فيما إذا ادعى التلف وليس كذلك. قال في التوضيح: ولم أر في الأمهات وجوب اليمين على الغاصب إذا ادعى التلف، لكن نص فيها في الشيء المستحق إذا كان مما لا يغاب عليه أنه يحلف إذا [ادعى تلفه،[146]] وكذلك في رهن ما لا يغاب عليه، ولا يمكن أن يكون الغاصب أحسن حالا منهما، وقد نص ابن عبد السلام على وجوب اليمين هنا في التلف. انتهى. وما ذكره في التوضيح نحوه للشيخ أبي الحسن الصغير. قال في المدونة: وإذا ادعى الغاصب هلاك ما غصب من أمة أو سلعة فاختلفا في صفتها صدق الغاصب مع يمينه. الشيخ ظاهره أنه يصدق في الهلاك من غير يمين، وقد ذكر الأمة والسلعة، وقد تقدم في الشيء المستحق إذا كان مما يغاب عليه أنه يحلف إذا ادعى المشتري تلفه، وكذلك في رهن ما يغاب عليه، وكيف يكون الغاصب أحسن حالا من هؤلاء؟ إلا أن يقال إن معنى ما قال هنا أن المغصوب منه صدقه أو أقام بينة على ما ادعى. انتهى. والله أعلم.

ص: **كمشتر منه** ش: ظاهره أن القول قوله في التلف وفي النعت والقدر ويحلف، والمنقول أنه يصدق في هلاك ما لا يغاب عليه، ولم يذكروا حلفه لكنهم شبهوه بالرهون والعواري فيقتضي أنه يحلف، وإن كان مما يغاب عليه فيحلف على التلف ويغرم القيمة، وقيل لا يمين عليه، وقالوا إذا باعه يلزمه ثمنه، وقوله مقبول في قدره هذا ما رأيته في المسألة في التوضيح والبيان. قال في رسم استأذن من سماع عيسى من الغصب: وسئل ابن القاسم عن الرجل يشتري السلعة في سوق المسلمين فيدعيها رجل قبله، ويقيم البينة أنها اغتصبت منه فيزعم مشتريها أنها قد هلكت.

290 قال: إن كان حيوانا فهو مصدق، وإن كانت مما يغاب عليه لم يقبل قوله/ وأحلف، ويكون عليه قيمتها، إلا أن يأتي بالبينة على هلاك من الله أتاه من اللصوص والغرق والنار ونحو ذلك فلا يكون عليه شيء. قيل له: فإن باعها؟ قال: لا يكون عليه إلا ثمنها. قيل له: فإن قال بعتها بكذا وكذا ولم تكن له على ذلك بينة إلا قوله أيصدق على ذلك؟ قال: قوله مقبول في ذلك؛لأنه قد يعرف الشيء في يديه ثم يتغير عنده قبل أن يبيعه بكسر أو عور أو شيء يصيبه. ابن رشد: إنما قال إنه يحلف إذا ادعى تلف السلعة التي اشترى ويغرم قيمتها

الحديث 1- عن يحيى بن عبد الرحمن بن حاطب أن رقيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع أيديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزني كم ثمن ناقتك فقال المزني قد كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر أعطه ثمان مائة درهم. قال يحيى سمعت مالكا يقول وليس على هذا العمل عندنا في تضعيف القيمة ولكن مضى أمر الناس عندنا على أنه إنما يغرم الرجل قيمة البعير أو الدابة يوم يأخذها الموطأ بشرحه، المنتقى، ج7 ص447، رقم الحديث1418.

---

[144] - في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم104 ويحيى132 والشيخ227.
[145] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم104 ويحيى132 والشيخ227.
[146] - في المطبوع المشتري وم104 ويحيى132 والشيخ227 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289.

نص خليل

وَلِرَبِّهِ إمْضَاءُ بَيْعِهِ وَنَقْضُ عِتْقِ الْمُشْتَرِي وَإِجَازَتُه وَضَمِنَ مُشْتَرٍ لَّمْ يَعْلَمْ فِي عَمْدٍ لاَ سَمَاوِيٍّ وَغَلَّةٍ وَهَلِ الخَطَأُ كَالْعَمْدِ تَأْوِيلاَنِ وَوَارِثُهُ وَمَوْهُوبُهُ إنْ عَلِمَا كَهُوَ وَإلاَّ بُدِئَ بِالْغَاصِبِ وَرَجَعَ عَلَيْهِ بِغَلَّة مَوْهُوبِهِ فَإِنْ أَعْسَرَ فَعَلَى الْمَوْهُوبِ.

متن الحطاب

مخافة أن يكون غيبها. انتهى. وقال في التوضيح: قيل وإذا صدق فيما لا يغاب عليه فإنما ذلك إذا لم يظهر كذبه كالرهن والعارية، وقال أصبغ يصدق في الضياع فيما لا يغاب عليه مع يمينه. ابن عبد السلام: وإذا بنينا على المشهور وضمناه فخرج بعضهم قولا بعدم اليمين. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: **ولربه إمضاء بيعه** ش: قال في المدونة: ومن غصب عبدا أو أمة ثم باعها، ثم استحقها رجل وهي بحالها فليس له تضمين الغاصب القيمة وإن حالت الأسواق، وإنما له أن يأخذها أو يأخذ الثمن من الغاصب، كما لو وجدها بيد الغاصب وقد حالت أسواقها، فإن أجاز ربها البيع بعد أن هلك الثمن بيد الغاصب فإن الغاصب يغرمه، وليس الرضا ببيعه يوجب حكم الأمانة في الثمن. انتهى. وقال اللخمي: إذا باع الغاصب العبد ثم أتى صاحبه ولم يتغير سوقه ولا بدنه كان بالخيار بين أن يجيز البيع أو يأخذه ويرجع المشتري بالثمن، ثم قال: وإن كان العبد قائم العين وأجاز المغصوب منه البيع لزم المشتري، إلا أن يكون المغصوب منه فاسد الذمة بحرام أو غيره، واختلف إذا كان المشتري قد دفع الثمن إلى الغاصب والغاصب فقير وقد أجاز المستحق البيع، فقيل لا شيء له على المشتري، وقيل يأخذ منه الثمن، وهذا على القول بأن العقد بيع فيكون قد أجاز البيع دون القبض، وعلى القول أن البيع التقابض لا يكون له على المشتري شيء. انتهى. ونقل في النوادر القولين، وضعف الثاني وأنكره. انظره في كتاب الاستحقاق.

تنبيه: قال اللخمي: وإن علم المشتري أن البائع منه غاصب وأحب المبتاع رد البيع قبل قدوم المغصوب منه لم يكن له ذلك إذا كان قريب الغيبة، وله ذلك إذا كانت الغيبة بعيدة؛ لأن عليه في وقفه في ضمانه حتى يقدم ضررا. انتهى. فيكون بمنزلة بيع الفضولي.

مسألة: إذا كان طعام أو غيره مشتركا بين شخصين فغصب منه ظالم حصة أحدهما فهل ذلك بين الشريكين، أو خاص بمن أخذ باسمه؟ قال ابن أبي زيد: الذي عندي أن المأخوذ بينهما والباقي بينهما، وكذلك أفتى السيوري. ذكره عنه البرزلي في مسائل الغصب وبحث في ذلك فانظره.

291 ص: **لا سماوي** ش: قال في المدونة: ولو مات عند المبتاع فلا شيء عليه. قال أبو الحسن/ عن ابن يونس: قال ابن المواز: قال أشهب: وإن استحقت بحرية -يعني وقد ماتت- رجع المشتري على بائعها بالثمن، وكذا إذا استحقت بأنها أم ولد أو معتقة إلى أجل وقد ماتت وإن كانت مدبرة لم يرجع بشيء. ابن المواز: ومثله عندنا المكاتبة. انتهى ونحوه في كتاب الاستحقاق من النوادر.

مسألة: من استحق بعد أن تداولته الأملاك بحرية تراجع بائعوه كل واحد على صاحبه، وكذلك إذا استحق برق وأخذه مستحقه، وأجاز البيع الأخير، وهو صريح في كتاب الاستحقاق من النوادر، ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك من الاستحقاق، وهي أيضا في نوازل ابن رشد في الاستحقاق وفي أحكام ابن سهل في الاستحقاق وفي جامع القول في [العهدة[147]] في الدرك من

الحديث

....

[147] – في المطبوع العمدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 291 وم105 ويحيى133 والشيخ229.

نص خليل

وَلُفِّقَ شَاهِدٌ بِالْغَصْبِ لآخَر عَلَى إِقْرَارِهِ بِالْغَصْبِ كَشَاهِدٍ بِمِلْكِكَ لِثَانٍ بِغَصْبِكَ وَجُعِلْتَ ذَا يَدٍ لاَ مَالِكًا إِلاَّ أَنْ تَحْلِفَ مَعَ شَاهِدِ الْمِلْكِ وَيَمِينَ الْقَضَاءِ وَإِن ادَّعَت اسْتِكْرَاهًا عَلَى غَيْرِ لاَئِقٍ بِلاَ تَعَلُّقٍ حُدَّتْ لَـهُ وَالْمُتَعَدِّي جَانٍ عَلَى بَعْضٍ غَالِبًا فَإِنْ أَفَاتَ الْمَقْصُودَ كَقَطْعِ ذَنَبِ دَابَّةِ ذِي هَيْئَةٍ أَوْ أُذُنِهَا أَوْ طَيْلَسَانِهِ أَوْ لَبَنِ شَاةٍ هُوَ الْمَقْصُودُ وَقَلْعِ عَيْنَيْ عَبْدٍ أَوْ يَدَيْهِ فَلَهُ أَخْذُهُ وَنَقْصُه أَوْ قِيمَتُه وَإِن لَّمْ يُفِتْهُ فَنَقْصُه كَلَبَنِ بَقَرَةٍ وَيَدِ عَبْدٍ أَوْ عَيْنِهِ وَعَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ قُوِّمَ وَلاَ مَنْعَ لِصَاحِبِهِ فِي الْفَاحِشِ عَلَى الأَرْجَحِ وَرَفَا الثَّوْبَ مُطْلَقًا وَفِي أُجْرَةِ الطَّبِيبِ قَوْلاَن.

متن الحطاب

النوادر وفي سماع أصبغ ويحيى من كتاب البيوع، وانظر أبا الحسن في كتاب الشفعة في مسألة الشقص إذا تكرر بيعه، وانظر رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب العيوب، وانظر أول سماع عيسى من كتاب العارية، وقال في كتاب الرهون من المدونة: وقال مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال إنه يأخذ الثمن من أيهم شاء.

ص: ولفق شاهد بالغصب لآخر على إقراره بالغصب الخ ش: ظاهر كلامه أنه يحتاج إلى يمينين وهو كذلك. قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب العارية: وسئل عن امرأة أعارت لأخرى حجلة لها ولم يشهد على ذلك إلا امرأتان،/ فتزوجت المستعيرة، ودخلت المعيرة إلى الريف، فأقامت عشر سنين وماتت المستعيرة، فأتت المعيرة تطلب الحجلة وأنكر ورثة المستعيرة فشهد المرأتان بالعارية وقد غابت الحجلة قال ابن القاسم: تحلف المرأة مع شهادة المرأتين بالله الذي لا إله إلا هو ما [قبضتها[148]] بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت وتستحق ذلك في مال المتوفاة. قال محمد بن رشد: قوله إن المرأة تحلف مع شهادة المرأتين إلى آخره معناه بعد يمينها مع شهادتهما لقد أعارتها إياها، وهذا ما لا خفاء به، وإنما سكت عنه للعلم به إذ لا يخفى أنها لا تستحق العارية بشهادة المرأتين دون يمين، فأراد أنها [لا[149]] تكتفي بحلفها مع شهادة المرأتين أنها أعارتها دون أن تحلف ما قبضتها بعد عاريتها ولا باعت ولا وهبت، ولا بد أيضا أن تحلف على صفتها فيكون في مال المتوفاة ما قومت به الصفة التي حلفت عليها. وبالله التوفيق.انتهى.

292

ص: وإن ادعت استكراها على غير لائق بلا تعلق حدت له ش: لم يشرح الشيخ بهرام هذه المسألة، ويوجد في كثير من شروحه بياض لشرحها، ومفهوم قوله أنها لو تعلقت به لم تحد له، وأنه لو كان لائقا به لم تحد ولو لم تتعلق به، وقال في الإكمال في حديث [جريج[150]] في كتاب البر والصلة: ولو ادعت امرأة مثل هذا عندنا على أحد من المسلمين حدت له للقذف وكذبناها، ولا يقبل منها دعواها، ولم [تلحقه[151]] تبعة بقولها، إلا أن تأتي به متعلقة تدمى مستغيثة لأول حالها، وكان ممن لم يشتهر بخير ولا عرف بزنا، وأما إن جاءت متعلقة بمن لا يليق به ذلك فلا شيء عليه، واختلف عندنا في حدها لقذفه؟ فقيل تحد، وقيل لا تحد لما بلغت من فضيحة نفسها، ولا حد عليها للزنا، ولبعض أصحابنا في المشتهرة بذلك مثل صاحبة جريج أنها تحد للزنا على كل حال، ولا تصدق بتعلقها وفضيحتها نفسها لأنها لم تزل مفتضحة بحالها،/ وهذا صحيح في النظر.انتهى.

293

ص: وإن لم يفته فنقصه ش: تصوره ظاهر.

الحديث

1- مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، رقم الحديث2550.

148 – في المطبوع قضتها وما بين المعقوفين من م105 وسيد49 والشيخ229.
149 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 292 ويحيى133 وم105.
150 – في المطبوع وم105 جرير وما بين المعقوفين يحيى133 وسيد49.
151 – في المطبوع يلحقه وما بين المعقوفين من م105 وسيد49 والشيخ229.

نص خليل ....

متن الحطاب

مسألة: من استهلك فرد خف لرجل أنه لا يلزمه قيمته على انفراده، وإنما يلزمه ما نقص من قيمتهما جميعا.انتهى من شرح المسألة الثالثة من كتاب السداد والأنهار من البيان. وفي المسائل الملقوطة: الصحيح فيمن استهلك أحد المزدوجين أو أحد الأشياء التي لا يستغني بعضها عن بعض أنه يغرم قيمة المستهلك مع قيمة عيب الباقي منهما، وقيل بوجوب قيمتهما، واختلف فيمن استهلك سفرا من ديوان في سفرين؟ [فقال[152]] بعضهم يرد السالم وما نقصه من ذهاب أخيه ويغرم قيمة الهالك، وفي شرح الرسالة للقاضي عبد الوهاب أنه يغرم قيمة الجميع. اهـ من تسهيل المهمات في قوله في بيع الخيار: "وإذا تعدد المبيع". / انتهى كلام المسائل الملقوطة. ونحو ذلك في التوضيح.

294

مسألة: قال ابن كنانة: أكره أن يأخذ الرجل من شجرة غيره غرسا إلا بإذنه. قال محمد بن رشد: أما إذا أخذ من شجرة غيره ملوخا يغرسها في أرضه وكان ما امتلخ منها لا قيمة له ولا ضرر فيه على الشجرة التي امتلخت منها فهذا الذي ذكره ابن كنانة. والله أعلم. وأما إن كان لما امتلخ منها قيمة، أو كان ذلك يضر بالشجرة التي امتلخت منها فلا يجوز لأحد أن يفعله إلا بإذن صاحب الشجرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه[1]} فإن فعل ذلك بغير إذنه دلالة عليه لسبب بينه وبينه يقتضي الإدلال عليه فعليه أن يتحلله من ذلك، فإن حلله وإلا غرم له ذلك عودا مكسورا يوم امتلخه، وليس له أن يقلعه ويأخذه، وعليه مع ذلك قيمة ما نقص من الشجرة التي امتلخ منها، وإن فعل ذلك غصبا أو تعديا بلا إذن صاحبه ولا دلالة عليه ممن يستوجب الدلالة فله أن يقلعه ويأخذه وإن كان قد علق إلا أن يكون بعد طول مدة زمان وبعد نماء أو زيادة بينة فلا يكون له أن يأخذه بعينه وتكون له قيمته يوم امتلخه من شجرة عودا ميتا مكسورا، وإن كان أضر بالشجرة كان عليه ما نقص مع قيمة ما نقص من الشجرة. هذا قول أصبغ في الواضحة.

وقال سحنون إنما يكون أولى بغرسه إذا كان إن قلعه وغرسه ينبت، وإن كان لا ينبت فله قيمته ولا سبيل له إلى قلعه، وكان ربيعة يقول في مثل هذا: وإن نبت فإنما له قيمته أو غرس مثله، وأما إن قلع من بستانه غرسا فغرسه في أرضه دلالة على صاحب البستان فله أن يقلعه ويأخذه، وإن كان قد نبت وعلق إلا أن يتطاول أمره [وينمي[153]] نماء بينا فلا يكون له قلعه، وتكون له قيمته يوم اقتلعه نابتا؛ لأن دلالته عليه إذا كان من أهل الدلالة شبهة تمنع، ولو كان اقتلعه غصبا غير مدل لكان صاحب الغرس أحق بغرسه، وإن كان قد نبت في أرضه وطال زمانه وثبتت زيادته لأنه [شيئه[154]] بعينه [أخذه[155]] حيا فنما وزاد [وشب[156]] فهو كالغاصب يغصب أو يسرق ثم يجده صاحبه وقد كبر ونبت ونما وزاد فهو أبدا أحق به، وسواء كان مما ينبت إن غرس بعد قلعه من أرض الغاصب أو مما لا ينبت هو أحق به إلا أن يشاء أن يسلمه ويأخذ قيمته نابتا يوم قلعه فيكون ذلك له. [حكى ذلك[157]] ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ. وبالله التوفيق. انتهى من أواخر كتاب الجامع من البيان. ومنه أيضا: وسئل ابن كنانة عن الكرم

الحديث

1 – التمهيد لابن عبد البر، ط. دار الكتب العلمية، ج4 ص376.

---

152 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في م105 والشيخ229 ويحيى134 وسيد49.

153 – في المطبوع وم وسيد والشيخ ويحيى ونما وما بين المعقوفين من البيان، ج18 ص610 .

154 – في المطبوع شبهة وما بين المعقوفين من البيان ج18 ص610 والشيخ230.

155 – في المطبوع أخذها وما بين المعقوفين من م106 والشيخ230 ويحيى.

156 – في المطبوع ونبت وما بين المعقوفين من م106 وسيد49 والشيخ230 والبيان ج18 ص610.

157 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 294 وم106 ويحيى134 والشيخ230.

نص خليل **فصل** وَإِنْ زَرَعَ فَاسْتُحِقَّتْ فَإِن لَّمْ يُنْتَفَعْ بِالزَّرْعِ أَخِذَ بِلاَ شَيْءٍ وَإِلاَّ فَلَهُ قَلْعُهُ إِن لَّمْ يَفُتْ وَقْتُ مَا تُرَادُ لَهُ وَلَهُ أَخْذُهُ بِقِيمَتِهِ عَلَى الْمُخْتَارِ وَإِلاَّ فَكِرَاءُ السَّنَةِ.

متن الحطاب يقطف والزيتون يجنى والزرع يحصد هل يجوز لأحد أن يأخذ بقيته؟ قال: إن كان أهله تركوه لمن [أخذه[158]] فلا بأس بأكله، وإن كانوا يريدون الرجعة له فلا يجوز لأحد أخذه. قال ابن رشد: هذا كما قال، والمعنى فيه بين إن علم صاحبه تركه لمن أخذه من فقير أو غني، وأما إن خشي أنه إنما تركه لمن أخذه من المساكين فلا ينبغي لغني أن يأكل منه شيئا وبالله التوفيق.انتهى. والله أعلم.

باب الاستحقاق:

295 لم يبين المصنف حقيقته وحكمه وسببه وشروطه وموانعه ولا يتصور إلا بمعرفة ذلك، قال ابن عرفة:/ وهو من تراجم كتبها، أما حقيقته فقال ابن عرفة: هو رفع ملك شيء بثبوت ملك قبله أو حرية كذلك بغير عوض. فيخرج العتق ومطلق رفع الملك بملك بعده وما وجد في المقاسم بعد بيعه أو قسمه لأنه لا يؤخذ إلا بثمن. انتهى. وقال في اللباب: هو الحكم بإخراج المدعى فيه الملكية من يد حائزه إلى يد المدعي بعد ثبوت السبب والشروط وانتفاء الموانع، وأما حكمه فقال ابن عرفة: حكمه الوجوب عند تيسر أسبابه في [الربع[159]] على عدم يمين مستحقه، وعلى يمينه مباح كغير الربع؛ لأن الحلف مشقة. انتهى. وأما سببه فهو قيام البينة على عين الشيء المستحق أنه ملك للمدعي لا يعلمون خروجه ولا خروج شيء منه عن ملكه حتى الآن، والشهادة في أنها لم تخرج عن ملكه إنما [تكون[160]] على نفي العلم في قول ابن القاسم المعمول به. قاله في اللباب. وأما شروطه [فثلاثة؛[161]] الأول الشهادة على عينه إن أمكن، وإلا فحيازته؛ وهي أن يبعث القاضي عدلين، وقيل أو عدلا مع الشهود الذين شهدوا بالملكية، فإن كانت دارا مثلا قالوا لهما مثلا هذه الدار هي التي شهدنا عند القاضي [فلان[162]] فيها الشهادة المقيدة أعلاه.

الثاني الإعذار في ذلك إلى الحائز، فإن ادعى مدفعا أجله فيه بحسب ما يراه. الثالث يمين الاستبراء، واختلف في لزومها على ثلاثة أقوال: الأول أنه لا بد منها في جميع الأشياء. قاله ابن القاسم وابن وهب وابن سحنون. والثاني لا يمين في الجميع أيضا. قاله ابن كنانة. الثالث: أنه لا يحلف في العقار ويحلف في غيره، وهو المعمول به عند الأندلسيين، وفي سجلات الباجي: لو استحق ذلك من يد غاصب لم يحلف. قال ابن سلمون: ولا يمين على مستحق الأصل،إلا أن يدعي عليه خصمه ما يوجبها، وقيل لا بد من اليمين كالعروض والحيوان. انتهى. ثم قال: وأما غير الأصول من الدواب والرقيق والعروض [وغيرها[163]] فيكتب في استحقاقها: يعرف شهوده فلانا ويعلمون له مالا وملكا جارية صفتها كذا أو فرسا أو ثوبا صفته كذا لا يعلمون له في ذلك

الحديث ....

---

158 *– في المطبوع أخذوه وما بين المعقوفين من م106 والشيخ230 وسيد49.

159 – في المطبوع الرفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 وم106 وسيد49 والشيخ230 ويحيى134.

160 *– في المطبوع وسيد49 وم106 يكون وما بين المعقوفين من يحيى134.

161 – في المطبوع فثلاث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم106 ويحيى134 والشيخ230.

162 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم106 ويحيى134 والشيخ231.

163 – في المطبوع وغيرهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم106 ويحيى134 والشيخ231.

نص خليل ....

متن الحطاب بيعا ولا تفويتا، ولا أنه خرج عن ملكه بوجه حتى الآن وقيدوا بذلك شهادتهم على عين الثوب أو الفرس أو الجارية في كذا، فإذا ثبت هذا فلا بد من اليمين، ونصه: حلف بإذن القاضي [بقرية[164]] كذا فلان المذكور في رسم الاسترعاء بكذا بحيث يجب وكما يجب يمينا قال فيها بالله الذي لا إله إلا هو ما بعت الفرس أو الثوب أو الجارية المشهود لي به فيه ولا فوته ولا خرج عن ملكي بوجه من وجوه الفوت حتى الآن، ومن حضر اليمين المنصوصة عن الإذن واستوعبها من الحالف، وعرفه قيد على ذلك شهادته في كذا وكانت يمينه على عين الجارية والفرس، وهو يشير إليهما في يمينه.

بيان: اليمين في هذا واجبة على المشهور المعمول به، بخلاف الأصول فإنه لا يمين فيها إلا على قول سحنون، وحكى ابن سهل عن ابن كنانة أنه لا يمين على مستحق العروض والحيوان إلا أن يدعي الخصم ما [يوجبها[165]] وتكون اليمين على النص المذكور أنه ما باع ولا وهب، وكان محمد بن [فرج[166]] يحلفه أنه ماله ومالكه وأنه ما باع ولا وهب.

قال ابن سهل: وما تقدم هو نص المدونة، ولا يحتاج إلى ما ذكره محمد بن فرج، وفي المجموعة: إذا كانت الجارية غائبة فالشهادة فيها على النعت والاسم جائزة، فإن وجدت [جواري[167]] كثيرة على تلك الصفة يحلف الحاكم المستحق [وأثبت[168]] عنده أنها واحدة منهن، وإن لم يوجد سواها لم يكلفه من ذلك شيئا، وفي مسائل ابن الحاج: سئل في الشهادة على الصفة فقال: وقفت على الكتابين في المملوكة السوداء الموصوفة بهما، والذي يظهر لي أن الشهادة على الصفة فيها عاملة فالحكم له بها واجب بعد أن ينظر، ويسأل هل في البلد مملوكة توصف بهذه الصفة، فإن لم توجد

296 قضيت لربها وأسلمتها إليه بعد أن يحلف، وسئل في رجل ابتاع كتابا من/ كتب العلم ثم جاء رجل آخر فادعاه وأتى بكتاب بذلك وقد فات الكتاب فقال لا يتوجه الحكم لمستحق الشيء إلا بعد شهادة العدول على [عينه،[169]] والإعذار إلى الذي هو في يده، ولا يصح الحكم دون تعيين المشهود فيه عند [الحكم.[170]] انتهى كلام ابن سلمون. وأما المانع من الاستحقاق ففعل وسكوت [فالفعل[171]] أن يشتري ما ادعاه من عند حائزه، [فلو قال[172]] إنما اشتريته خوف أن يغيب عليه فإذا أثبته رجعت عليه بالثمن لم يكن له مقال، وقال أصبغ إلا أن تكون بينة بعيدة جدا أو يشهد قبل الشراء أنه إنما اشتراه لذلك فذلك ينفعه، ولو اشتراه وهو يرى أن لا بينة له ثم وجد بينة فله القيام [وأخذ[173]] الثمن منه.

الحديث ....

---

[164] – في المطبوع بعرية وما بين المعقوفين من ن ذي ص 295 وم106 ويحيى134 والشيخ231.

[165] – في المطبوع يوجبهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 295 وم106.

[166] *– في المطبوع الفرج وما بين المعقوفين من م106 ويحيى135 والشيخ231 وسيد49.

[167] *– علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب جوار بدون ياء.

[168] – في المطبوع وأثبتا وما بين المعقوفين من ن ذي295 وم106 ويحيى135 وسيد49 والشيخ231.

[169] – في المطبوع يمينه وما بين المعقوفين من ن عدود ص296.

[170] *– في الشيخ231 الحاكم.

[171] - في المطبوع بالفعل وما بين المعقوفين من ن عدود ص296.

[172] – في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم106 ويحيى135 والشيخ231.

[173] – في المطبوع أو أخذ وم106 ويحيى135 والشيخ231 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296.

نص خليل

كَذِي شُبْهَةٍ أَوْ جُهِلَ حَالُهُ وَفَاتَتْ بِحَرْثِهَا فِيمَا بَيْنَ مُكْرٍ وَمُكْتَرٍ وَلِلْمُسْتَحِقِّ أَخْذُهَا وَدَفْعُ كِرَاءِ الْحَرْثِ فَإِنْ أَبَى قِيلَ لَهُ أَعْطِ كِرَاءَ سَنَةٍ وَإِلاَّ أَسْلِمْهَا بِلاَ شَيْءٍ وَفِي سِنِينَ يَفْسَخُ أَوْ يُمْضِي.

متن الحطاب

قال أصبغ والقول قوله، وأما السكوت فمثل أن يترك القيام من غير مانع أمد الحيازة. قاله في اللباب.

فرع: قال ابن سلمون: فإن ثبت ذلك لمن باعه ممن باعه من مستحقه فلا بد أن يحلف الذي ثبت له ومن بعده، فإذا حلفوا يمين القضاء فحينئذ يحكم به لمستحقه. انتهى.

ص: كذي شبهة ش: ظاهر التشبيه أن حكم من كانت الأرض بيده بشبهة حكم الغاصب في جميع الوجوه وليس كذلك، وإنما مراده [تشبيهه[174]] به فيما إذا استحقت من يده بعد أن زرعها وقبل فوات إبان الزراعة، فإن كراء تلك السنة للمستحق، وأما إن استحقت من يده قبل أن يزرعها فسيأتي حكمه في قوله: "وللمستحق أخذها"، وأما إذا استحقت بعد إبان الزراعة فإن كراءها للذي أكراها. قاله في المدونة ودخل في ذي الشبهة المشتري والوارث والمكتري منهما إذا لم يعلموا بالغصب أو التعدي، وكذلك المكتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب كما صرح به الرجراجي، ويؤخذ من كلام المصنف في التوضيح. والله أعلم.

ص: أو جهل حاله ش: أي حال الزارع هل هو غاصب أو ذو شبهة، وهذا أولى من حمله على أن المراد جهل حال مكتري الأرض هل هو غاصب أو مبتاع؛ [لأنه[175]] قد تقدم أن المكتري من الغاصب ذو شبهة إن لم يعلم بالتعدي. فتأمله. والله أعلم.

ص: وفاتت بحرثها فيما بين مكر ومكتر ش: يشير بهذا إلى قوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: ومن اكترى أرضا بثوب أو بعبد فاستحق، أو بما يوزن من نحاس أو حديد بعينه يعرفان وزنه ثم استحق ذلك، فإن كان استحق قبل أن يزرع أو يحرث انفسخ الكراء، وإن كان بعد ما زرع أو أحدث فيها عملا فعليه قيمة كراء الأرض، وقال في كراء الأرضين: ومن اكترى أرضا بعبد أو بثوب بعينه فاستحق بعد الحرث أو الزراعة فعليه كراء مثلها، وكذلك إن اكتراها بحديد أو برصاص أو نحاس بعينه وقد عرفا وزنه فإن الكراء ينتقض، إلا أن يكون قد زرعها أو حرثها أو أحدث فيها عملا فعليه كراء المثل. انتهى. قال عياض: وهو بين؛ إذ نفس الحراثة وإن لم يزرع فوت، وللمكتري كراء المثل كما لو زرعت ولا يختلف أن ذلك فوت بين المكري والمكتري. انتهى. فهذا مراد المصنف، ولا يصح أن يحمل كلامه على استحقاق الأرض المكتراة؛ لأنه إذا استحقت الأرض لم يبق للمكري كلام حرثت أو لم تحرث. والله أعلم.

297 ص:/ وللمستحق أخذها ودفع كراء الحرث فإن أبى قيل له أعط كراء سنة وإلا أسلمها بلا شيء ش: يصح أن يكون مراده مستحق الأرض أو مستحق الثوب أو العبد المكترى به لأن الحكم فيهما واحد أو هما معا. قال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس في شرح كلام المدونة المذكور في كتاب كراء الأرضين: قال بعض فقهائنا القرويين: وإن أراد مستحق العبد أن يجيز بيع عبده بكراء الأرض

الحديث ....

---

[174] *- في المطبوع وم106 بتشبيهه وما بين المعقوفين من يحيى135 وسيد49 والشيخ232.

[175] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 296 وم106 ويحيى135 والشيخ232.

نص خليل إنْ عَرَفَ النِّسْبَةَ وَلاَ خِيَارَ لِلْمُكْتَرِي لِلْعُهْدَةِ وَانْتَقَدَ إن انْتَقَدَ الأَوَّلُ وَأَمِنَ هُوَ وَالْغَلَّةُ لِذِي الشُّبْهَةِ أَوِ الْمَجْهُولِ لِلْحُكْمِ.

متن الحطاب ويأخذ الأرض إن لم [تحرث[176]] لكان له ذلك، وإن حرثت كان له أن يدفع إلى المكتري حق حرثه ويأخذ الأرض لأنه كمستحق لمنفعة هذه الأرض، [وجل[177]] منفعتها [باقية،[178]] كمن استحق أرضا بعد أن حرثها المكتري أنه يدفع إليه حق حرثه ويأخذ أرضه، فإن امتنع دفع إليه المكتري كراء سنة، فإن امتنع سلمها بحرثها، فحكم مستحق العبد في ثمنه كحكم مستحق الأرض.انتهى. ونحوه في كتاب الاستحقاق، ونحوه في كلام عياض، وما ذكره المؤلف هو قول ابن القاسم، وصححه ابن رشد واعترض قوله: "وإلا أسلمها بلا شيء" بأنه كان ينبغي أن يجعلهما شريكين في كراء الأرض ذلك العام محروثةً المستحِقُّ بقيمة كرائها غير محروثة والمستحَقُّ منه بقيمة حرثه وعمله، وقال هذا على أصله من الرجوع على المستحق بقيمة السقي والعلاج. انظر بقية الكلام في أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق.

ص: **إن عرف النسبة** ش: يشير إلى كلام ابن يونس: ولا يجيز الكراء فيما بقي حتى يعلم ما ينوب ذلك ليجيز بثمن معلوم على مذهب من لا يجيز جمع السلعتين للرجلين في البيع. انتهى. وانظر بقية المسألة في أول كتاب الاستحقاق [من[179]] المدونة.

298 ص: **أو المجهول للحكم** ش: في بعض نسخ الشارح أو المجهول/ الحكم بإضافة المجهول للحكم، والذي في أكثر النسخ للحكم بلام الجر، وهو الصواب لإفادته حكما، وقوله: "للحكم" هو أحد الأقوال الثلاثة. قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي يدخل فيه الشيء المستحق في ضمان المستحق وتكون الغلة له ويجب [التوقيف[180]] به على ثلاثة أقوال: أحدها حتى يُقْضَى له به، وهو الذي يأتي على قول مالك في المدونة إن الغلة للذي هي في يده حتى يُقْضَى بها للطالب، وعلى هذا القول لا يجب [توقيف[181]] الأصل المستحق [توقيفا[182]] يحال بينه وبينه ولا توقيف غلته، وهو قول ابن القاسم في المدونة أن الرباع التي لا تحول ولا تزول لا توقف مثل ما يحول ويزول، وإنما توقف وقفا يمنع من الإحداث فيها، والقول الثاني أنه يدخل في ضمانه إذا ثبت بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين، والثالث إذا شهد له شاهد واحد. انتهى القولان الأخيران باختصار. والأول باللفظ.

فرع: قال في المقدمات: واختلف في الحد الذي تكون به الثمرة في استحقاق الأصل غلة فيستوجبها المستحق منه ببلوغها إليه إما بالحكم والقضاء، وإما بثبوت الحق بشهادة [شاهدين،[183]] وإما بأن

الحديث ....

---

[176] *- في المطبوع يحرث وما بين المعقوفين من م107 ويحيى135 وسيد49 والشيخ232.

[177] - في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 297 ويحيى135 والشيخ232.

[178] *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ وهو من باب قولهم قطعت بعض أصابعه.

[179] *- في المطبوع في وما بين المعقوفين من م107 وسيد49 ويحيى135 والشيخ232

[180] - في المطبوع التوفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 ويحيى136 والشيخ232.

[181] - في المطبوع توفيق وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم107 ويحيى136 والشيخ232.

[182] - في المطبوع توفيقا وما بين المعقوفين من ن ذي ص298 وم107 وسيد49 ويحيى135 والشيخ233.

[183] - في المطبوع شاهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم107 ويحيى136 والشيخ233.

نص خليل　كَوَارِثٍ.

متن الحطاب　يشهد للمستحق شاهد واحد على الاختلاف المذكور في ذلك فروى أبو زيد عن ابن القاسم أن الثمرة تكون للمستحق ما لم تجد، وفي كتاب ابن المواز ما لم تيبس ويرجع عليه بالسقي والعلاج، وعلى ما قال في المدونة في الرد بالعيب ما لم تطب إذا لم يفرق بين [المسألتين،[184]] وهذا إذا كان المستحق منه اشترى الأصول قبل إبار الثمرة، وأما إن كان بعد الإبار فالثمرة للمستحق على مذهب ابن القاسم وإن جدت، ويرجع عليه بالسقي والعلاج كالرد بالعيب، وعلى مذهب أشهب تكون الثمرة للمستحق ما لم تجذ، فإن جذت كانت للمشتري، وأما إن كان اشترى الاصل والثمرة مزهية فاشترطها ففي كتاب ابن المواز أن الثمرة تكون للمستحق كيف كانت، يبست أو جدت، أو باعها أو أكلها، ويغرم المكيلة إن عرفها، وإلا فالقيمة، وفي البيع يغرم الثمن الذي باعها [به[185]] إن فاتت أو كانت بيد مبتاعها فهو مخير في أخذها أو إنفاذ بيعه أو أخذ الثمن، وإن تلفت عند المبتاع فليس إلا الثمن، وهذا على القول بأنها لا تصير غلة للمبتاع إلا باليبس أو الجداد، وأما على القول الذي يرى أنها تصير له غلة بالطيب فلا حق له فيها إذا أزهت عند البائع لأنها قد صارت له غلة بطيبها، ويأخذ المستحق النخل وحدها، ويرجع المستحق [منه[186]] على البائع بما ينوبها من الثمن، ويسقط عنه ما ناب الثمرة لبقائها بيده إلا أن يكون اشتراؤه إياها من غاصب أو مشتر اشتراها بعد الإبار على مذهب ابن القاسم فهي ثلاثة أحوال: أحدها أن يكون المستحق منه اشتراها قبل الإبار، والثاني أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإبار، والثالث أن يكون اشتراها بثمرتها بعد الإزهاء والطيب. انتهى.

تنبيه: قال في البيان في شرح المسألة الرابعة من كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر الخلاف في الحد الذي يدخل به الشيء المستحق في ضمان البائع ما نصه: وكذلك أيضا النفقة القياس فيها أن تجري على هذا الاختلاف، فعلى الأول لا يجب للمقضي عليه الرجوع بشيء من النفقة على المقضي له؛ لأنه إنما أنفق على ما ضمانه منه فغلته له، وعلى القول الثاني يجب له الرجوع عليه بما أنفق بعد ثبوت الحق بشهادة شاهدين أو شاهد وامرأتين لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وعلى القول الثالث يجب له الرجوع عليه بما أنفق منذ وقف بشهادة الشاهد لوجوب الضمان عليه وكون الغلة له من حينئذ، وقد فرق في رسم حمل صبيا من رواية عيسى من كتاب الصلح بين النفقة والغلة فقال إن النفقة ممن تصير له والغلة للذي هو في يديه؛ لأن الضمان منه، وساوى بين ذلك عيسى من روايته وهو القياس، وكذلك ظاهر المدونة أنه لا فرق بين الغلة والنفقة، والصواب أن لا فرق بينهما في أن يكونا جميعا للضمان إما من يوم وجوب التوقيف بشهادة شاهد واحد، وإما من يوم وجوبه بشهادة شاهدين، وإما من يوم القضاء/ والحكم. انتهى. وعلى ما في المدونة مشى المصنف في باب القضاء فقال: "والغلة له للقضاء والنفقة على المقضي له به". 299

ص: **كوارث** ش: ظاهره أن الغلة للوارث سواء كان وارثا من غاصب أو مشتر وليس كذلك، فإن

الحديث ....

---

[184] – في المطبوع المسلمين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 وم107 ويحيى136 والشيخ233.

[185] – ساقطة من المطبوع وم107 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 298 والشيخ233.

[186] – في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن ذي ص298 وم107 وسيد49 والشيخ233 ويحيى136.

نص خليل وَمَوْهُوبٍ وَمُشْتَرٍ مِّنْهُ إن لَّمْ يَعْلَمُوا.

متن الحطاب وارث الغاصب لا غلة له. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "فإن بيع المغصوب أو ورث [فإن[187]] علم فكالغاصب، وإن لم يعلم فلا شيء عليه في السماوي ولا في الغلة سكن أو زرع"، وقوله: ["و[188]]لا في الغلة" ظاهره [أن[189]] الغلة تكون للمشتري وللوارث إذا لم [يعلما،[190]] وهو صحيح في المشتري، وأما وارث الغاصب فلا غلة له باتفاق، سواء انتفع بنفسه أو أكرى لغيره، ونحوه لابن عبد السلام، وصرح بذلك اللخمي، ويفهم ذلك من قوله في باب الغصب: "أو وارثه أو موهوبه إلى آخره" وقال في الاستحقاق منها: ومن ابتاع دارا أو [عبيدا[191]] من غاصب ولم يعلم فاستغلهم زمانا فالغلة للمبتاع بضمانه، وكذلك إن ورثهم عن أبيه ولم يدر بما كانوا لأبيه فاستغلهم ثم استحقوا فالغلة للوارث. انتهى. [فهذا في الموروث المجهول[192]] الذي لم يعلم أنه غاصب أو غير غاصب، ولذا قال اللخمي عقيبها وهذا وارث لا يدري بما كانت لأبيه. انتهى.

ص: **وموهوب** ش: يريد إذا كان الغاصب موسرا، وأما إذا كان الغاصب معسرا فإنه يرجع بالغلة على الموهوب، وقال اللخمي: فإذا وهب ما غصبه فاغتله الموهوب له فقال أشهب الموهوب بمنزلة المشتري، وقال ابن القاسم ليس بمنزلته ويرجع على الغاصب، فإن أعدم أو غاب فعلى الموهوب وهو أبين، ولا فرق بين الموهوب له ووارث الغاصب إذا كان غير عالم بالغصب، ولم يختلفوا في الوارث أنه يلزمه ما يلزم الغاصب فكذلك الموهوب له.انتهى بالمعنى إلى قوله وهو أبين. ومنه الخ باللفظ. فالوارث هنا إما وارث المشتري أو وارث الموهوب أو وارث ذي الشبهة، ولابن رشد كذلك، وسيأتي. والله أعلم.

ص: **ومشتر** ش: يعني أن الغلة للمشتري من الغاصب إذا لم يعلم بالغصب؛ يريد ولا رجوع للمغصوب منه على الغاصب بالغلة من يوم باع على المشهور كما صرح به ابن الحاجب وغيره.

ص: **إن لم يعلموا** ش: قال البساطي: وهذا إذا تحقق عدم علمهم، وكذلك من جهلنا هل هو عالم أم لا فحمله على عدم العلم استصحابا لحال المسلم. انتهى. وهو كلام صحيح جار على المذهب. والله أعلم.

فائدة: سئلت عن جماعة ورثوا دارا كبيرة بعضها عامر وبعضها خراب وبعض الورثة حاضر وبعضهم غائب، فاستولى الحاضر على الدار وسكن العامر وعمر الخراب وسكنه فهل للغائبين الرجوع عليه بالأجرة في هذه المدة؟ وهل لهم نقض ما عمره من الخراب لكونه بغير إذنهم؟ أفتونا مأجورين فأجبت: الحمد لله: إن كان الوارث الحاضر الذي سكن لم يعلم بالغائب فلا رجوع له عليه فيما سكن، وله الرجوع عليه بحصته فيما أكراه أو اغتله، هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك. قاله في

الحديث ....

[187] – في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم107 ويحيى136 والشيخ234.

[188] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 ويحيى136 والشيخ234.

[189] – في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 والشيخ234 ويحيى136.

[190] – في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم107 ويحيى136 والشيخ234.

[191] *– في المطبوع وم107 عبدا وما بين المعقوفين من سيد49 ويحيى136 والشيخ234.

[192] – في المطبوع وهذا في المورث والمجهول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 299 وم107 ويحيى136 والشيخ234.

نص خليل بِخِلَافِ ذِي دَيْنٍ عَلَى وَارِثٍ كَوَارِثٍ طَرَأَ عَلَى مِثْلِهِ إلاَّ أَنْ يَنْتَفِعَ وَإِنْ غَرَسَ أَوْ بَنَى قِيلَ لِلْمَالِكِ أَعْطِهِ قِيمَتَهُ قَائِمًا فَإِنْ أَبَى فَلَهُ دَفْعُ قِيمَةِ الأَرْضِ فَإِنْ أَبَى فَشَرِيكَانِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ.

متن الحطاب أول كتاب الصدقات من البيان. وهو الذي مشى عليه المصنف بعد هذا حيث قال: "كوارث طرأ عليه مثله إلا أن ينتفع"، وأما إن علم به فإنه يرجع عليه بأجرة ما سكن وبحصته من الغلة وما عمره مما ليس بضروري، فإن أراد أحد منهم القسمة قسمت الدار، فإن وقع ما بناه في حصته كان له وعليه من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع في نصيب غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمته منقوضا أو يسلم إليه نقضه، وعلى الباني من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن أرادوا شركته ولم يرد واحد منهم القسمة فلهم ذلك بعد أن يدفعوا حصصهم من قيمة ما عمله؛ قيل قائما، وقيل منقوضا. هذا محصل كلام ابن رشد في أول كتاب الاستحقاق [من[193]] البيان، والقول بأنه يأخذ قيمته منقوضا هو الظاهر لقول ابن يونس في كتاب العارية في ترجمة من أعار أرضه: كل من بنى في أرض غيره من زوجة أو شريك أو غيره بغير إذن ربها أو علمه/ فله قيمة عمله منقوضا. والله أعلم. 300

ص: **بخلاف ذي دين على وارث** ش: يشير إلى ما في أول سماع يحيى من القسمة في الورثة يقتسمون التركة فتنمو في أيديهم ثم يطرأ دين يستغرق التركة بنمائها أنهم يردون ما أخذوا [بنمائه،[194]] ولا ضمان عليهم فيما نقص إلا أن يستهلكوه فيكون عليهم غرمه، وكذلك الموصى لهم بأشياء بأعيانها، وأما ما اشتراه الورثة من التركة فحوسبوا به في ميراثهم [أو[195]] اشتراه الموصَى لهم فحوسبوا به في وصاياهم فلهم نماؤه وعليهم ضمانه. قال ابن رشد: ولا خلاف في ذلك؛ لأنه لا فرق بين أن يشتريه الورثة فيحاسبوا به في ميراثهم وفي وصاياهم وبين أن يباع من غيرهم ويدفع إليهم الثمن، ونحوه في رسم الأقضية من سماع يحيى من الوصايا، وفي كتاب القسمة من المدونة ما يدل على ذلك، وأما قول الشارح في شروحه الثلاثة والبساطي إن معنى كلام المصنف إذا كان لرجل دين على شخص فدفع له فيه ملكا ورثه فاغتله، ثم استحق من يده فإنه يرد الغلة فغير صحيح ولا وجه له لأنه قد نص المتيطي وابن سلمون وغيرهما من الموثقين على أن التصيير بيع من البيوع، وتقدم أن ما اشترى الورثة أو الموصى لهم وحوسبوا بثمنه فيما أوصي لهم به أو في ميراثهم لهم نماؤه وعليهم ضمانه. والله أعلم. ويوجد في بعض نسخ الأوسط زيادة على ما تقدم، ونصها: لأنه من باب جر النفع لانتفاعه مع بقاء الدين على صاحبه. وهذا أيضا غير صحيح؛ لأنه يلزم مثله في جميع صور الاستحقاق. والله أعلم.

ص: **وإن غرس أو بنى قيل للمالك أعطه قيمته قائما فإن أبى فله دفع قيمة الأرض** ش: تصوره ظاهر.

الحديث ....

---

[193] *- في المطبوع وم108 في وما بين المعقوفين من سيد50 والشيخ235 ويحيى137.

[194] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم108 ويحيى137 والشيخ235.

[195] - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 والشيخ235.

نص خليل إلاَّ الْمُحَبَّسَةَ فَالنقْضُ.

متن الحطاب **فرع**: فلو قال رب الأرض ما عندي ما أعطيه الآن وما أريد إخراجه ولكن يسكن وينتفع حتى يرزقني الله ما أؤدي منه لم يجز ذلك ولو رضي الذي عمر الأرض؛ لأنه سلف جر منفعة. قاله في سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ونصه: إن كره المستحق أن يدفع ما عليه من القيمة أو كان معدما قيل للعامل ادفع إليه قيمة أرضه ثم يكون لك، فإن أبى أو كان معدما كانا شريكين على قدر قيمة الأرض وقيمة العمارة، ولو رضي الذي عمر الأرض أن يؤخر المستحق على أن ينتفع بها ما حل؛ لأنه سلف جر منفعة.

قال ابن رشد: ولو أكراه [منه[196]] المستحق بما وجب عليه من قيمة البناء لم يجز عند ابن القاسم للدين بالدين، ويجوز على مذهب أشهب؛ لأن قبض أوائل الكراء عنده كقبض جميعه. والله أعلم. وانظر أول رسم من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق فيما يكون [للباني[197]] قيمة بنائه منقوضا وما له [قيمته[198]] قائما. والله أعلم. وسئلت عن مسألة محصلها شريك غرس أو بنى في بعض

301 أرض مشتركة بينه وبين جماعة بغير إذنهم فهل/ للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه؟ فأجبت: إذا غرس الشريك أو بنى الأرض المشتركة بغير إذن شركائه فليس للشركاء إلزامه بقلع ما غرسه أو بناه، بل لو أراد هو أو أحدهم القسمة قسمت الأرض، فإن وقع غرسه وبناؤه فيما خصه كان له وعليه الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن وقع الغرس أو البناء في حصة غيره خير من وقع في حصته بين أن يعطيه قيمة ذلك منقوضا أو يسلم له نقضه وعليه أيضا من الكراء بقدر ما انتفع من نصيب أصحابه قبل القسمة، وإن لم يرد أحد منهم القسمة بل أرادوا بقاء الأرض مشتركة فلهم أن يدخلوا معه ويشاركوه بقدر حصصهم من الأرض بعد أن يسلموا إليه قدر حصصهم من قيمة عمله قيل قائما، وقيل منقوضا، وهو الراجح الجاري على مذهب المدونة، وانظر المسألة في أول كتاب الاستحقاق من البيان، وتكررت بعد ذلك في سماع عيسى منه، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من الشركة وابن يونس في كتاب العارية وغير ذلك. والله أعلم.

ص: إلا المحبسة فالنقض ش: يعني أن الأرض [المستحقة بحبس[199]] فليس للباني إلا حمل أنقاضه. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة الاستحقاق والخلاف فيها: وهذا كله ما لم تستحق الأرض بحبس فليس للباني إلا حمل أنقاضه؛ إذ ليس ثم من يعطيه قيمة البناء قائما، وليس له أن يعطي قيمة [البقعة[200]] ولا يكونان شريكين لأنه من بيع الحبس. انتهى. وهذا إن لم يوجد من يعطيه قيمة النقض، وأما إن وجد من يعطيه ذلك فيدفع ولا امتناع له من ذلك كما صرح بذلك في أحكام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: عن ابن حبيب عن مطرف فيمن بنى مسجدا وصلى فيه نحو السنتين ثم باعه ممن نقضه أو بناه بيتا أو تصدق به [على من فعل هذا به[201]] قال: يفسخ ما فعل ويرد إلى ما كان عليه مسجدا،

الحديث ....

---

196 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم108 ويحيى137 والشيخ235.

197 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 300 وم108 ويحيى137.

198 *– في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م108 ويحيى135 وسيد50.

199 – في المطبوع المحبسة تحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 301 وم108 ويحيى137.

200 *– في المطبوع النفقة وما بين المعقوفين من م108 ويحيى137.

201 *– من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص586.

نص خليل وَضَمِنَ قِيمَةَ الْمُسْتَحَقَّةِ وَوَلَدِهَا يَوْمَ الْحُكْمِ وَالأَقَلَّ إِنْ أَخَذَ دِيَةً.

متن الحطاب وهو كالحبس لله لا يجوز بيعه ولا تحويله [عن حاله،[202]] وللباني نقض بنائه، وإن شاء فليحتسب في تركه، وإن أراد نقضه فأعطاه محتسب قيمته مقلوعا ليقره للمسجد أجبر الباني على ذلك إلا ما لا حاجة للمسجد [به[203]] منه ولا بد من نقضه [فيترك[204]] كذلك.

قلت: فنقض المسجد الأول أيجب على من نقضه أن يعيده كما كان؟ قال: عليه قيمته قائما لأنه متعد في نقضه وهدمه ثم يبنى بتلك القيمة. قال ابن حبيب: وقال لي أصبغ مثله، وكما يفهم ذلك أيضا من نوازل ابن رشد في مسائل الأكرية، وذكر [ذلك[205]] ابن عبد الرفيع في مختصر النوازل في مسائل الحبس، ونصها: مسألة من أكرى الأرض المحبسة عليه لمن يبني فيها لمدة فله أن يأخذ الأنقاض بقيمتها مقلوعة، وليس عليه أن يلحقها بالحبس، ولو كان الحبس على رجلين فأكرى أحدهما حصته بشيء فليس لصاحبه الدخول عليه. انتهى.

ص: وضمن قيمة المستحقة وولدها يوم الحكم ش: يعني أن من اشترى أمة فأولدها ثم استحقها إنسان فإن سيدها الذي أولدها يضمن قيمتها وقيمة ولدها الذي أولدها إياه، واحدا كان أو أكثر، ولا يضمن من مات، وهو القول الذي رجع إليه مالك، وكان أولا يقول لمستحقها أخذها إن شاء مع قيمة الولد قيل ثم رجع [عنهما[206]] إلى أنه يلزمه قيمتها فقط يوم وطئها، وبه أفتى لما استحقت/ أم ولده إبراهيم وقيل أم ولده. محمد: وعبر عنه ابن رشد بقوله: وبه حكم عليه في استحقاق أم ولده، فإن أعدم الوالد اتبعه بقيمة الولد وقيمتها، فإن كان الولد موسرا أخذ منه قيمته فقط ولا يرجع [به على الأب.[207]] انظر استحقاق المدونة. 302

وقال ابن يونس: انظر قول ابن القاسم إذا كان الأب عديما والابن مليا فليأخذ [من الابن[208]] قيمة نفسه وهو إنما يأخذ منه قيمته يوم [الحكم، وكذا يجب عليه إن استحق[209]] قيمته يومئذ بماله وقيمته بماله أكثر مما في يده فكيف يصح أخذ قيمته منه؟ وأظن أن ابن القاسم إنما يقول قيمته بغير مال، وبه يصح قوله. قال في المجموعة: فإن كان للولد مال كسبه لم يقوم بماله لكن بغير ماله كقيمة عبد، ويؤدي ذلك الأب، ولا يؤخذ من أموال الولد شيء. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: اللخمي: لو استحقت حاملا فعلى أن له أخذها يؤخر لوضعها فيأخذها وقيمة ولدها، فإن أسقطته أو ماتت فلا شيء على الأب، وعلى أخذ قيمتها يأخذ قيمتها الآن على ما هي عليه ولا ينتظر وضعها، وعلى القول الآخر ليس له إلا أخذ قيمتها يوم حملت انتهى.

الحديث ....

---

[202] *- من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص586.

[203] *- في المطبوع بد وما بين المعقوفين من م108 والشيخ236 ويحيى137 وسيد50.

[204] *- من الأحكام الكبرى لابن سهل، باب الحبس، ص587.

[205] *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م108 ويحيى138 وسيد50 والشيخ236.

[206] *- في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من م108 ويحيى138 وسيد50 والشيخ236.

[207] – في المطبوع عليه الأب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ236.

[208] – في المطبوع الاب وم108 ويحيى138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ236.

[209] *- في المطبوع الحكم وكان يجب إنما يستحق والشيخ236 وم108، وسيد236 وما بين المعقوفين من يحيى138.

نص خليل لاَ صَدَاقَ حُرَّةٍ أَوْ غَلَّتَهَا.

متن الحطاب ص: لا صداق حرة أو غلتها ش: انظر كتاب الاستحقاق من المدونة وشراحها والمشذالي، وانظر رسم [نذر[210]] من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق وابن عرفة، وما ذكره هو المذهب من أن العبد إذا استحق بحرية لا يرجع على سيده بما اغتله منه من خراجه وأجرة عمله ولا بأجرة ما استخدمه فيه، وكذا لو كاتبه ثم استحق بحرية بعد أن قبض السيد الكتابة لم يرجع عليه بها بخلاف ما لو جرح فأخذ السيد لذلك أرشا فله الرجوع على سيده بما أخذه من أرش جراحه، وكذا لو كان له مال اشتراه معه أو أفاده [عنده[211]] من فضل خراجه أو عمله أو تصدق به عليه أو وهب له [فانتزعه فله[212]] الرجوع على سيده بما انتزعه من ذلك، أما لو وهب له السيد مالا أو [استتجره[213]] بمال فاستفاد فيه وقال إنما دفعته إليه لأنه عبدي، وكنت أرى أن لي أن أنتزعه منه متى شئت فللسيد أن يرجع في ذلك كله، وأما إذا قال اتجر بهذا المال لنفسك فليس له إلا رأس ماله، واختلف إذا أعطاه أو تصدق عليه ثم أعتقه، أو أعطاه بعد أن أعتقه وهو يرى أنه مولاه ثم استحق بحرية أو ملك فقيل له الرجوع عليه بذلك، وقيل لا رجوع له عليه. قاله جميعه في رسم يدير من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وكذلك الأرض المستحقة بحبس لا يرجع بغلتها على القول المفتى به كما صرح بذلك ابن رشد في مسائل الحبس من نوازله.

قال في التوضيح: وهو الذي جرى به العمل. انتهى. وهذا -والله أعلم- إذا لم يعلم المستَحَقَّةُ مِن يده بالحبس، وأما إذا علم بالحبس واستغله فيرجع عليه بالغلة [إلا[214]] إذا كان البائع للحبس هو المحبس عليه وكان كبيرا عالما بالحبس فإنه لا رجوع له بالغلة ولو كان المشتري عالما كما يأتي ذلك في كلام ابن سهل في مسائل الحبس، ونصه: قال ابن العطار: وإذا فسخ بيع الحبس فالغلة فيما سلف قبل ثبوت تحبيسه للمبتاع لا يرجع عليه بشيء منها إذا لم يعلم بالحبس بعد أن يحلف أنه لم يعلم، وما كان في رؤوس الشجر من الثمر وقت الاستحقاق فهو [للذين[215]] ثبت لهم أصل التحبيس في حين [ثباته،[216]] وإن كان في إبان الحرث فعليه كراء الأرض، وإن كان بائع الحبس هو المحبس عليه رجع عليه بالثمن، فإن لم يكن له مال وثبت عدمه حلف للمبتاع وأخذ من غلة الحبس عاما بعام، فإن مات المحبس عليه قبل استيفاء الثمن رجع الحبس إلى من يستحقه ولم يكن للمبتاع منه شيء، فإن كان بائع الحبس كبيرا عالما بالتحبيس عوقب بالأدب والسجن على بيعه إن لم يكن له عذر. قال القاضي ابن سهل: ينبغي

الحديث ....

---

[210] - هكذا في ن عدود ص 302 ويحيى138 وسيد50 والشيخ237 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع (يدير).

[211] *- في المطبوع وم109 عبد وما بين المعقوفين من يحيى138 وسيد50 والشيخ237.

[212] - في المطبوع السيد وم109 ويحيى138 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 والشيخ237.

[213] *- في المطبوع وم109 وسيد50 والشيخ237 استخبره وفي يحيى138 استاجره وما بين المعقوفين من البيان ج11 ص175.

[214] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الشيخ سيديا237 وسيد50.

[215] *- في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الاحكام لابن سهل ص587.

[216] *- في المطبوع بنائه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد50 وم109 والشيخ237 ويحيى132.

نص خليل

وَإِنْ هَدَمَ مُكْتَرٍ تَعَدِّيًا فَلِلْمُسْتَحِقِّ النَّقْضُ وَقِيمَةُ الْهَدْمِ وَإِنْ أَبْرَأَهُ مُكْرِيهِ كَسَارِقِ عَبْدٍ ثُمَّ اسْتُحِقَّ بِخِلَافِ مُسْتَحِقٍّ مُدَّعِي حُرِّيَّةٍ إِلاَّ الْقَلِيلَ.

متن الحطاب

إن كان مالكا لنفسه مع ذلك [ألا يكون[217]] له طلب المبتاع بشيء من الغلة وإن علم حين ابتياعه أنه حبس، وقد نزلت بقرطبة في مسألة القرشية وأفتيت فيها بذلك، وكان غيري خالفني فيها، وخلافه خطأ. انتهى. وظاهره أنه إذا علم البائع بالحبس وكان هو المحبس عليه أن لا رجوع عليه بالغلة/ 303 ولو علم المشتري أيضا بالحبس كما يفهم [من آخر كلامه،[218]] وقد صرح بذلك المشذالي في أواخر كتاب الاستحقاق، ونصه: وسئل اللؤلؤي عمن حبس عليه حبس فباعه والمشتري عالم بأنه حبس أم لا فاستغله مدة ثم نقض البيع فقال لا يرد الغلة لأن البائع عالم فهو واهب للغلة، إلا أن يكون له شريك، أو يكون الحبس معقبا [فلشريكه[219]] نصيبه من الغلة، وانظر المتيطي والطرر، وانظر ابن سهل فإنه أشار إلى مسألة اللؤلؤي، وأنها نزلت بقرطبة، وأن غيره خالفه. انتهى كلامه. والله أعلم.

[وسئلت[220]] عن مسألة وهي شخص باع وقفا عليه يعلم بوقفيته لشخص يجهل الوقفية، ثم باعه المشتري لشخص يعلم الوقفية، ثم إن المشتري الثاني باعه مع جهة أخرى موقوفة على البائع الأول تعدى هذا المشتري عليها فهل للبائع الأول مطالبته بالغلة في ذلك أم لا؟ فأجبت: الحمد لله وحده: إذا ثبت وقفية هذه الجهات بشروطه نقض البيع في جميعها، وأعيدت على ما كانت عليه، ولا رجوع للبائع الأول بغلة ما باعه وهو عالم بوقفيته، وأما الجهة التي تعدى عليها المشتري الثاني وباعها فللبائع الأول الرجوع عليه بغلتها، ولا رجوع له على المشتري الثالث لجهل المشتري الوقفية. والله أعلم. وانظر أحكام ابن سهل فيما إذا باع القاضي الحبس، وانظر ابن سلمون في مسائل الحبس.

ص: وإن هدم مكتر تعديا فللمستحق النقض وقيمة الهدم ش: هذا كقوله في المدونة: ومن اكترى دارا فهدمها تعديا ثم قام مستحق فله أخذ النقض إن وجده، وقيمة الهدم من الهادم. قال في التنبيهات: قوله: "بقيمة الهدم" قيل بما بينها بقعة وما بينها من القيمة بذلك البناء فيغرمه، وقيل قيمة ما أفسد من البناء، وعند ابن حبيب يضمن له ما أنفق في البناء، وقيل يأخذ النقض من مستحقها ثم يغرم له ما أفسد من الهدم. قال الشيخ أبو الحسن: قول عياض: "بما بينها بقعة"؛ يعني مع الأنقاض. انتهى. ثم نقل بقية كلام التنبيهات، وقال عقبه: كذا في التنبيهات، ورأيته – يعني القول الأخير– في كلام التنبيهات في موضع آخر يأخذ النقض مستحقه، فعلى ما في التنبيهات يغرم قيمة البناء قائما، ويكون له النقض كمن تعدى على سلعة فأفسدها إفسادا كبيرا فإنه إذا ضمن قيمتها تكون له، وعلى ما في الموضع الآخر يكون هو التأويل الثاني. انتهى. والله أعلم.

الحديث

....

---

[217] - في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص302.

[218] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 303 وم109 ويحيى138 (والشيخ237 بلفظ لا من كلامه).

[219] *- في المطبوع فليس لشريكه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م109 ويحيى138 والشيخ237 وسيد50.

[220] *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في م109 ويحيى138 وسيد50 والشيخ237.

نص خليل

وَلَهُ هَدْمُ مَسْجِدٍ.

متن الحطاب

تنبيه: قال القرطبي في شرح حديث جريج[1] من مسلم في قوله: {ولكن أعيدوها من طين كما كانت[1]} يدل على أن من تعدى على جدار أو دار وجب عليه أن يعيده على حالته إذا انضبطت صفته وتمكنت مماثلته، ولا تلزم قيمة ما تعدى عليه، وقد بوب البخاري عليه من هدم حائطا بنى مثله، وهو تصريح بما ذكرنا، فإن تعذرت المماثلة فالمرجع إلى القيمة، وهو مذهب الكوفيين والشافعي وأبي ثور، وفي العتبية عن مالك مثله، ومشهور مذهب مالك وأصحابه وجماعة من العلماء أن فيه وفي سائر المتلفات [المضمونات[221]] القيمة إلا ما يرجع إلى الكيل والوزن؛ بناء منهم على أنه لا تتحقق المماثلة إلا فيهما. انتهى. ونحوه في الإكمال قال: ولا حجة لأولئك بهذا الحديث لأنه في شرع غيرنا وليس فيه أن نبينا أمر بذلك، ولعله بتراضيهما؛ ألا ترى إلى أن قولهم نبنيها لك بالذهب، وهذا كان من طيب نفوسهم فكذلك بناؤها بالطين. انتهى.

ص: وله هدم مسجد ش: هذه مسألة ذكرها في كتاب الاستحقاق من المدونة، وتكلم الشيخ أبو الحسن على حكم النقض هل لا يؤخذ إلا عين النقض، أو إن كان بشبهة أخذت قيمته قائما وإلا أخذ النقض؟ وأطال وجلب كلام الأشياخ، ومحصله اختصره ابن عرفة فقال: وفي جعل نقض المسجد في حبس مطلقا أو إن كان بانيه غاصبا، وإن كان ذا شبهة جعلت قيمته في حبس قولان [لظاهر[222]] قول ابن القاسم فيها والصقلي عن سحنون، وصوبه اللخمي/ وقال: [ما[223]] لا بد من هدمه لمخالفته بناء [المساجد"[224]] جُعل نقضه في حبس مثله، وما شاكلها أخذه المستحق بقيمته، وإن بنى بشبهة وأبى المستحق من دفع قيمة البناء والآخر من قيمة الأرض وكانا شريكين فإن حمل القسم وفي حظ الحبس ما يصح مسجدا قسم وإلا بيع وجعل منابه في مثله.انتهى. ومعنى القولين على ما ذكرناه أول الكلام وقوله: وقال ذكره اللخمي تفريعا على [قول سحنون،[225]] وقوله: "لمخالفته بناء [المساجد"[226]] لعله بناء [الدور[227]]؛ لأنه الذي يصح به الكلام، وهو كذلك في التبصرة. والله أعلم.

304

فرع: [قال الشيخ أبو الحسن:[228]] قال أبو محمد: وعلى قول ابن القاسم بجعل النقض في مسجد آخر، فإن لم يكن في موضعه [مسجد[229]] نقل ذلك النقض إلى أقرب المساجد إليه، ويكون الكراء على نقلانه منه، ويجوز لمن أخذه في كرائه ملكه. انتهى.

الحديث

1 – عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لم يتكلم في المهد إلا ثلاثة عيسى ابن مريم وصاحب جريج وكان جريج رجلا عابدا فاتخذ صومعة فكان فيها فأتته امه وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فانصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال يا رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فانصرفت فلما كان من الغد أتته وهو يصلي فقالت يا جريج فقال أي رب أمي وصلاتي فأقبل على صلاته فقالت اللهم لا تمته حتى ينظر إلى وجوه المومسات فتذاكر بنو إسرائيل جريجا وعبادته وكانت امرأة بغي يتمثل بحسنها فقالت إن شئتم لأفتننه لكم قال فتعرضت له فلم يلتفت إليها فأتت راعيا كان يأوي إلى صومعته فأمكنته من نفسها فوقع عليها فحملت فلما ولدت قالت هو من جريج فأتوه فاستنزلوه وهدموا صومعته وجعلوا يضربونه فقال ما شأنكم قالوا زنيت بهذه البغي فولدت منك فقال أين الصبي فجاءوا به فقال دعوني حتى أصلي فصلى فلما انصرف أتي الصبي فطعن في بطنه وقال يا غلام من أبوك قال فلان الراعي فأقبلوا على جريج يقبلونه ويتمسحون به وقالوا نبني لك صومعتك من ذهب فقال لا أعيدوها من طين كما كانت ففعلوا. مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة، دار إحياء التراث العربي 1972، رقم الحديث 2550.

---

[221] *– في المطبوع المضمنات وما بين المعقوفين من م109 وفي يحيى139 وسيد50 المضمونة.

[222] *– في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد95 وم109 ويحيى139 والشيخ238.

[223] – في المطبوع لي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 302 وم109 ويحيى139 والشيخ238.

[224] *– في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد50.

[225] *– في المطبوع ابن سحنون وما بين المعقوفين من يحيى139 وسيد50.

[226] *– في المطبوع المسجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد50.

[227] *-وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب قولهُ لعله بناء الدور الخ غير ظاهر.

[228] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم109 (ويحيى139 بلفظ الشيخ أبو الحسن) (والشيخ237 أبو الحسن بإسقاط قال).

[229] – في المطبوع مسجدا وم109 ويحيى139 والشيخ238 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304.

نص خليل وَإِنِ اسْتُحِقَّ بَعْضٌ فَكَالْمَبِيعِ وَرُجِعَ لِلتَّقْوِيمِ وَلَهُ رَدُّ أَحَدِ عَبْدَيْنِ اسْتُحِقَّ أَفْضَلُهُمَا بِحُرِّيَّةٍ.

متن الحطاب ص: وإن استحق بعض فكالمبيع ش: كذا في بعض النسخ فكالمبيع شبه مسألة الاستحقاق للبعض بمسألة استحقاق بعض المبيع في البيع، ولا معنى لهذا التشبيه؛ لأن فرض المسألة استحقاق بعض المبيع ففيه تشبيه الشيء بنفسه، وفي بعضها فكالعيب؛ يعني أنه إذا اشترى الشخص شيئا واستحق بعضه فحكمه حكم ما إذا ظهر عيب ببعض المبيع فهذه النسخة أنسب، ولكن على كل حال فقد قدم المؤلف حكم استحقاق البعض في فصل الخيار، وإنما نبه عليه هنا لأنه بابه. والله أعلم. ولا بأس بذكر حكم استحقاق البعض على سبيل الاختصار، وذكر كلام [المدونة[230]] بعده فنقول إذا استحق بعض المبيع فلا يخلو إما أن يكون شائعا [أو معينا، فإن كان شائعا[231]] فإنه يخير المشتري في التمسك ويرجع بحصة الجزء المستحق من الثمن وفي رده لضرر الشركة، وسواء استحق الأقل أو الأكثر، وإن استحق جزء معين فلا يخلو إما أن يكون مقوما أو مثليا، فإن كان مقوما كالعروض والرقيق والحيوان، فإن استحق البعض رجع بحصته بالقيمة لا بالتسمية، وإن استحق وجه الصفقة تعين رد الباقي، ولا يجوز التماسك بالأقل، وإن كان مثليا فإن استحق الأقل رجع بحصته من الثمن، وفي الرد قال في المدونة: ومن ابتاع ثيابا كثيرة أو صالح بها عن دعواه فاستحق بعضها أو وجد بها عيب قبل قبضها أو بعده فإن كان ذلك أقلها رجع بحصته من الثمن [فقط، وإن كان وجه الصفقة انتقض ذلك كله ورد ما بقي، ثم لا يجوز أن يتماسك بما بقي بحصته من الثمن[232]] وإن رضي البائع؛ إذ لا يعرف ثمنه حتى يقوم، وقد وجب الرد فصار بيعا مؤتنفا بثمن مجهول. انتهى. وهذا أيضا يخالف فيه أشهب وابن حبيب ويجيزان التمسك بالأقل. قاله أبو الحسن. وقال: قوله "فإن كان ذلك أقلها إلى آخره" لأن هذا ليس بيعا مؤتنفا بثمن مجهول؛ لأن البيع لم يزل جائزا بالعقد الأول. انتهى. ويقال لأي شيء ينتقض البيع إذا استحق الأكثر ولا ينتقض في الأقل. والله أعلم. ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كان ما ابتاع مكيلا أو موزونا فإن استحق القليل منه رجع بحصته من الثمن ولزمه ما بقي، وإن كان كثيرا فهو مخير في أن يحبس ما بقي بحصته من الثمن أو يرده، وكذلك في جزء شائع مما لا ينقسم؛ لأن حصته من الثمن معلومة/ قبل الرضا به. انتهى. 305

ص: وله رد أحد عبدين استحق أفضلهما بحرية ش: [قال أبو[233]] سعيد في تهذيبه: ومن ابتاع عبدين في صفقة فاستحق أحدهما بحرية بعد أن قبضه أو قبل، فإن كان وجه الصفقة فله رد الباقي، [وإن لم يكن وجهها لزم الباقي بحصته من الثمن. اهـ. وقد تعقب على أبي سعيد قوله فله رد الباقي[234]] قال الشيخ أبو الحسن: ليس في الأمهات فله رد الباقي وإنما [فيها[235]] رد

الحديث ....

[230] – في المطبوع المؤلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم110 ويحيى139 والشيخ238.

[231] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم110 ويحيى139 والشيخ239.

[232] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 304 وم110 ويحيى139 والشيخ239.

[233] – في المطبوع كذا قول أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 (وم110 بلفظ كذا قال ابن) ويحيى139 والشيخ239.

[234] – ساقطة من المطبوع ويحيى139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 والشيخ239 وم110.

[235] – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 ويحيى139 والشيخ239.

نص خليل كَأنْ صَالَحَ عَنْ عَيْبٍ بِآخَرَ وَهَلْ يُقَوَّمُ الأَوَّلُ يَوْمَ الصُّلْحِ أَوْ يَوْمَ الْبَيْعِ تَأوِيلاَنِ وَإِنْ صَالَحَ فَاسْتُحِقَّ مَا بِيَدِ مُدَّعِيهِ رَجَعَ فِي مُقَرٍّ بِهِ لَمْ يَفُتْ وَإِلاَّ فَفِي عِوَضِهِ كَإِنْكَارٍ عَلَى الأَرْجَحِ لاَ إِلَى الْخُصُومَةِ وَمَا بِيَدِ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ فَفِي الإِنْكَارِ يَرْجِعُ بِمَا دَفَعَ وَإِلاَّ فَبِقِيمَتِهِ وَفِي الإِقْرَارِ لاَ يَرْجِعُ.

متن الحطاب الباقي، وهذه متعقبة؛ لأن ظاهره له الرد وله التمسك، فيكون كقول ابن حبيب وأشهب. انتهى. وما ورد على أبى سعيد يرد على المصنف، وقوله بحرية، وكذلك برق، وقد دخل في قوله: "وإن استحق بعض [فكالعيب"[236]] وإنما نبه عليه لأنه قد يتوهم في هذه أنها صفقة جمعت حلالا وحراما فترد [كلها[237]] لأنهما في هذه لم يدخلا على ذلك. والله أعلم.

ص: كأن صالح عن عيب بآخر ش: الذي في أكثر النسخ كان وهو الصواب، ويعني أن حكم ما إذا اشترى عبدا ثم اطلع فيه على عيب قديم فصالح عنه بعبد آخر ثم استحق أحدهما كحكم اشترائهما في صفقة واحدة. قال في المدونة: ومن اشترى عبدا فأصاب به عيبا فصالحه البائع عن العيب على عبد آخر دفعه إليه جاز، وكأنهما في صفقة واحدة، فإن استحق أحدهما فليفض الثمن عليهما وينظر هل هو وجه الصفقة أم لا على ما ذكرنا؟ أبو الحسن: يعني فيمن [ابتاع[238]] عبدين في صفقة واحدة. انتهى. وشبه المؤلف هذه المسألة بتلك كما في تهذيب أبي سعيد؛ إلا أن الحكم الذي يؤخذ من كلامهما في المسألة الأولى ليس كذلك كما تقدم، فيكون في هذه أيضا [كذلك، ولذا[239]] قال اللخمي: قال ابن القاسم فيمن اشترى عبدا ثم وجد به عيبا فصالح عنه على عبد آخر ثم استحق أحدهما فسبيلهما سبيل ما اشترى صفقة واحدة؛ يريد إن كانا متكافئين أو استحق الأدنى رجع بما ينوب المستحق ولزم الآخر، وسواء كان المستحق الأول أو الآخر، وإن كان المستحق الأجود رد الآخر. انتهى. والله أعلم.

ص: وإلا ففي عوضه كإنكار على الأرجح ش: أي وإن فاتت. قال في المدونة: بتغير بدن أو سوق فيرجع في عوضه أي عوض الشيء المقر به وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، كما يرجع في الإنكار بعوض الشيء المصالح فيه فات أو لم يفت، وهو مثل المثلي وقيمة المقوم، وهذا يفرقه ذهن الطالب لأن في الإقرار ثبت الشيء له، وأما في الإنكار فلم يثبت فكيف يتوهم [أنه[240]] يأخذه؟ فيتعين أن يكون المراد عوض الشيء المصالح به. والله أعلم.

306 ص: وفي الإقرار لا يرجع ش: قال أبو الحسن الصغير في صلح/ الإقرار على عوض بعد أن تكلم على ما إذا استحق العوض: ولو استحق ما بيد المدعى عليه فقال أشهب في المجموعة إن استحق بالبينة والحكم فليرجع على المدعي بما دفع إليه، وقال الطحاوي في كتابه: لا يرجع بشيء؛ لأنه أقر

الحديث

---

236 *- في يحيى140 فكالبيع.

237 *- في المطبوع كلاهما وما بين المعقوفين من يحيى140 وسيد51 وم110 والشيخ238.

238 - في المطبوع باع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم110 ويحيى140 والشيخ239.

239 *- في المطبوع كذا ولذلك وما بين المعقوفين من يحيى140 والشيخ238 وسيد51 وم110.

240 - في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 305 وم110 ويحيى140 والشيخ239.

نص خليل ....

متن الحطاب

أنه للمدعي، وأن ما أخذ منه ظلم، وذكر أن هذا قول لأهل المدينة وابن أبي ليلى ومن قال بقولهم. ثم قال الشيخ: والعمل عندنا اليوم على ما في كتاب الطحاوي والمدنيين أنه لا يرجع، ويقال للمستحق من يده تأخذ النسخة وترجع على بائعك بالثمن، أو تخاصم ثم لا رجوع لك. انتهى. وانظر ما معنى قوله: "ويقال للمستحق إلى آخره". والله أعلم. وفي معين [الحكام: [241]] فإذا أعذر للذي ألفى في يده العبد أو الدابة فالصواب أن [يقول[242]] لا حجة لي إلا أن أرجع على من باع مني، فإن ادعى الذي ألفي في يده العبد أو الدابة مطعنا في الشهود أجل، فإن عجز بعد ذلك حكم عليه ثم لا يكون له رجوع على البائع؛ لأن قيامه عليه إنما هو بالبينة التي أعذر فيها، فإذا طعن فيها لم يكن له قيام. انتهى. وصرح ابن سلمون بأن من استحق [منه[243]] شيئ وادعى فيه دافعا وعجز عنه لم يبق له رجوع على بائعه. والله أعلم.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الأقضية الأول في ترجمة من قيم عليه في شيء هل يقوم على من باع منه قبل الحكم؟ وهو في أثناء [الترجمة الكبيرة: [244]] وفي كتاب ابن سحنون سأل حبيب سحنونا فيمن اعترف من يده شيء وثبت عليه بشاهد واحد، فيريد المشهود [عليه[245]] أن يأخذ حميلا على من باع ذلك لئلا يحكم عليه في وقت يغيب هذا فيه؟ قال: لا حميل له عليه، ولا يعرض له حتى يحكم عليه. انتهى.

تنبيهات: الأول: من ادعى الحرية وذكر أنه من بلد كثر فيه بيع الأحرار ووافقه المبتاع على أنه اشتراه من تلك البلد فقال ابن سهل: قال محمد بن الوليد ويحيى بن عبد العزيز إنه يكلف المشتري إثبات رقه، وقاله سحنون، وقال ابن لبابة: البينة على مدعي الحرية، وكان عبد الأعلى يفتي [بما قال[246]] أصحابنا لفساد الزمان، ولست أراه، وقال ابن زرب: على السيد الإثبات على صحة ابتياعه ممن كان ملكا له، وبذلك أفتوا في فتنة ابن حفصون. انتهى من مسائل العتق وهي قبل مسائل النكاح.

الثاني: إذا ادعت الحرية ثم أقرت بالرق فقال ابن سهل في المحل المذكور: قالت طائفة لا يقبل رجوعها لأنها قد استحقت بدعواها، فليس لها أن ترق نفسها، وقالت طائفة يقبل رجوعها وتبقى مملوكة لسيدها. قال ابن عتاب: وبه أفتيت، واختاره القاضي ابن بشير، ولم يذكر لنا ابن عتاب إذ [ذكر ذلك ما في[247]] سماع ابن القاسم قال مالك: يسمع نزوعها إلا أن يخاف أنها إنما نزعت من خوف وأرادت ذكره واستحيت منه. انتهى.

الثالث: إذا اعترف المملوك بالرق ثم ادعى الحرية هل يقبل منه؟ انظر ابن سلمون في بيع الرقيق فإنه ذكر فيه قولين، وعلى أنه يقبل منه فإذا ثبت ذلك وكان البائع عديما فهل يرجع عليه بالثمن؟ فيه

الحديث ....

241 *- في المطبوع الحكم وما بين المعقوفين من م110 ويحيى140 والشيخ239 وسيد51.
242 *- في المطبوع يقال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد51 وم110 والشيخ239.
243 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم110 والشيخ240.
244 – في المطبوع ترجمة كبيرة وم110 ويحيى140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 والشيخ240.
245 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 وم110 والشيخ240.
246 – في المطبوع بما قال قال وما بين المعقوفين من سيد51 والشيخ239 ويحيى.
247 – في المطبوع ذكرها في وما بين المعقوفين من م110 ويحيى وسيد51 والشيخ239.

نص خليل كَعِلْمِهِ صِحَّةَ مِلْكِ بَائِعِهِ لاَ إِنْ قَالَ دَارُهُ وَفِي عَرْضٍ بِعَرْضٍ بِمَا خَرَجَ مِنْ يَدِهِ.

متن الحطاب خلاف. ذكره ابن رشد في آخر سماع عيسى من كتاب الجهاد ورسم لم يدرك من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق.

الرابع: إذا شهد الشهود على الحرية [على العلم[248]] هل يفيد ذلك أم لا؟ انظر الباب الثالث والأربعين من التبصرة لابن فرحون، وانظر ابن سهل في المحل المذكور أولا فإنه ذكر في ذلك خلافا وفيه مسائل من هذا الباب، وانظر الباب [الثامن[249]] والعشرين من التبصرة فإن فيه أن الأصل الحرية، وفي أول الكتاب في الفرق بين المدعي والمدعى عليه.

الخامس: إذا أراد وضع قيمة العبد المستحق والذهاب إلى البلد التي فيها بائعه فله ذلك في المستحق برق لا بحرية؛ كما قاله في وثائق الجزيري، وفي سماع عيسى المذكور وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق. والله أعلم.

ص: كعلمه صحة ملك بائعه ش: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في شرح مسألة الصلح المتقدمة:

307 وقد اختلف إذا كان في عقد الشراء وعلم المبتاع صحة ملك البائع المذكور حين انبرام/ البيع وانعقاده فقال ابن القاسم وأشهب لا يرجع إذا استحق ذلك من يده، وقال غيرهما يرجع.انتهى. وفي أول البيوع من معين الحكام: مسألة: إذا صرح المبتاع بصحة ملك البائع لما باع ثم طرأ استحقاق فهل له رجوع على البائع أو لا؟ في ذلك روايتان: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء. رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. قالوا وهو دليل المدونة؛ لأنه قال في كتاب الاستحقاق منها فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة درهم على أن أخذ منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف. فقوله: "عبده ميمونا" تصريح بإضافة العبد إليه.

ص: لا إن قال داره ش: قال في المتيطية في أوائل البيوع: وقولنا ابتاع منه جميع الدار أولى من إضافتها إلى البائع فيقال جميع داره، وكذلك جميع ما يبتاع من ملك أو سلعة لما وقع في ذلك من الاختلاف، فقد ذكر بعض الموثقين أنه إذا أضيف شيء من ذلك إلى البائع ثم استحق من يد المبتاع فإنه لا يرجع على البائع بشيء؛ لأن في إضافة ذلك إليه إقرارا من المبتاع بتحقيق تملك البائع لما باع منه، فإذا استحق من يده فقد علم أنه لم يستحق بحق فلم يكن له الرجوع وكان يرى أن يعقد الموثق ابتاع منه جميع الدار الذي ذكر البائع أنها له أو ابتاع منه جميع الدار التي بموضع كذا ولا يرى أن يقول جميع الدار التي له، وقال غيره من الموثقين إن قولك جميع الدار أو جميع داره بإضافة أو بغير إضافة سواء إن استحق ذلك من يد المبتاع رجع به على البائع، وقد أشار إلى ذلك أشهب في المجموعة فقال إنه يرجع بالثمن على البائع، والظلم إنما وقع عليه دون المبتاع؛ لأن بينة المستحق تقول إنه باع ما ليس له. قال ابن الهندي: والذي تدل عليه الأصول أن قول الموثق جميع الدار التي له ليس بمانع للمبتاع من الرجوع على البائع بالثمن عند الاستحقاق؛ إذ قد أحكمت السنة الرجوع

الحديث ....

[248] *- في المطبوع في العلم وما بين المعقوفين من م110 ويحيى140 والشيخ239 وسيد51.

[249] - في المطبوع الثاني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 306 ويحيى140 والشيخ240.

نص خليل ....

متن الحطاب عليه حتى لو لم يقل في الوثيقة ومرجع دركهم، والدليل على ذلك ما نص عليه أهل العلم في [عقد[250]] الوثائق في بيع جميع الأملاك، فإنهم استفتحوا ذلك اشترى فلان من فلان جميع ما [حوته[251]] أملاكه وضمته فوائده وجمعته مكاسبه، وقولهم هذا كقول الموثق جميع الدار التي له لا فرق [بين[252]] ذلك فلو كان هذا عندهم [مانعا[253]] لرجوع المبتاع عند الاستحقاق على البائع ما كتبوه، وقد دارت غير مرة فقضي فيها بالرجوع بالدرك، وقد أوقفت على ذلك جماعة من أهل العلم الماضين فلم نجد عند أحد منهم أن ذلك يمنع الرجوع.

قال غير واحد من الموثقين: وهذا هو الصواب؛ لأنه ليس في إضافة ذلك إلى البائع إقرار من المبتاع [بتملك[254]] البائع له، وإنما معنى قوله ابتاع منه جميع داره أي جميع الدار التي ذكر البائع أنها له، وأيضا فلو أن المبتاع صرح [بتملك[255]] البائع للمبيع ثم استحق ذلك من يده فإن في رجوعه على البائع روايتين: إحداهما أنه يرجع على البائع ولا يضره إقراره، والأخرى أنه لا يرجع عليه بشيء رواها أصبغ وعيسى عن ابن القاسم. قال ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء هذا في صريح الإقرار فكيف بلفظ لا يحتمل إلا على بعد؟ والذي وقع لابن القاسم في العتبية من سماع عيسى، [وحكاه[256]] أيضا فضل بن مسلمة عن ابن القاسم أنه إذا أقر المبتاع أن جميع المبيع للبائع منه ثم استحق من يده أنه لا يرجع على البائع بشيء، وقال أشهب وعبد الملك وابن وهب وسحنون وغيرهم لا يمنع ذلك من الرجوع عليه، وهذا اختيار الشيوخ بالأندلس، وهو دليل ما في كتاب الاستحقاق من المدونة فيمن له على رجل ألف درهم فحط عنه خمسمائة على أن [أخذ[257]] منه عبده ميمونا بخمسمائة ثم استحق العبد أنه يرجع بالألف، فقوله على أن أخذ منه عبده ميمونا كقول الموثق ابتاع منه داره.

308 وقال عباس في وثائقه: سألت عن ذلك محمد بن إدريس الفقيه فذكر أن ابن/ القاسم لا يبطل رجوع المبتاع بذلك على البائع إلا أن يقر أنها من خطة آبائه وأجداده فيبطل دركه حينئذ عنده، وكذلك في العبيد والدواب لا يبطل دركه إلا أن يقر أن ذلك من [تلاد[258]] البائع فيبطل دركه. انتهى. ونحوه في الوثائق المجموعة، وقوله: "من خطة آبائه" أي من بناء آبائه، وقوله من [تلاده[259]] أي ولد عنده. والله أعلم. وفي حاشية المشذالي في آخر كتاب الاستحقاق بعد أن ذكر قول ابن العطار: وبالرواية الأولى القضاء. ابن عبد السلام: والأصح من القولين عدم الرجوع. انتهى. وفي أبي الحسن الصغير إثر الكلام المتقدم: وذكر

الحديث ....

[250] – في المطبوع نص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم111 ويحيى141 والشيخ241.
[251] – في المطبوع جرته وما بين المعقوفين من ن ذي ص 307 وم111 ويحيى141 والشيخ241.
[252] – في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم111 ويحيى141 والشيخ241.
[253] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 307 وم111 والشيخ241.
[254] *– في المطبوع بتمليك وما بين المعقوفين من م111 ويحيى141 والشيخ240.
[255] *– في المطبوع تمليك وما بين المعقوفين من م111 والشيخ240 وسيد51.
[256] *– في المطبوع وم111 وحكاها وما بين المعقوفين من يحيى141 والشيخ240 وسيد51.
[257] *– في المطبوع ياخذ وما بين المعقوفين من م111 ويحيى141 والشيخ240 وسيد51.
[258] *– في المطبوع تلادة وما بين المعقوفين من م111 ويحيى141 والشيخ240 وسيد51.
[259] *– في المطبوع تلادة وما بين المعقوفين من م111 ويحيى141 والشيخ240 وسيد51.

نص خليل

أَوْ قِيمَتِهِ إلاَّ نِكَاحًا وَخُلْعًا وَصُلْحَ عَمْدٍ وَمُقَاطَعًا بِهِ عَنْ عَبْدٍ أَوْ مُكَاتَبٍ أَوْ عُمْرَى وَإِنْ أَنْفِذَتْ وَصِيَّةُ مُسْتَحَقٍّ بِرِقٍّ لَمْ يَضْمَنْ وَصِيٌّ وَحَاجٌّ.

متن الحطاب

الباجي أنه اختلف أيضا إذا كان في عقد الشراء داره أو الدار التي له قال: ينبغي أن يتحرز الموثق من الخلاف فيسقطه ويكتب دارا أو الدار التي ذكر أنها له، وذكر ابن العطار في وثائقه القولين قال: والقضاء بأنه يرجع. قال ابن الهندي: إذا قال في آخر الوثيقة على سنة المسلمين ومرجع دركهم فإنه يسقط الخلاف، ويكون له الرجوع قولا واحدا. انتهى. والظاهر أن قوله: وذكر ابن العطار الخ راجع إلى كلامه الأول في المسألة الأولى، وذكر ابن رشد القولين في سماع عيسى من كتاب الاستحقاق فقف عليه إن أحببته، فقد ظهر معنى قول المصنف: "لا إن قال داره" أي لا إن قال الموثق في الوثيقة داره أو الدار التي له،وقد علمت أن هذا هو الصحيح، وأما المسألة الأولى فلو أشار المؤلف فيها إلى القول الثاني ولو بصحح أو عمل به لكان حسنا. والله أعلم.

ص: **أو قيمته** ش: والقيمة يوم البيع. قاله في كتاب الاستحقاق من المدونة. أبو الحسن: لأن البيع صحيح، وإنما يراعى يوم القبض في البيع الفاسد أو الهبة على أحد القولين. انتهى. والفوات بتغير السوق والبدن والعتق والاستيلاد وتزويج الأمة. قاله في المدونة. والله أعلم.

ص: **إلا نكاحا** ش: ذكر ست نظائر والسابعة مسألة الصلح على الإنكار إذا استحق الشيء المصالح به. وانظر لو مات العبد في يدها ثم استحقت في أبي الحسن الصغير في كتاب الاستحقاق.

ص: **أو مقاطعا به** ش: قال في كتاب البيوع من المدونة: وإذا بعت عبدك من نفسه بأمة له فقبضتها ثم استحقت أو وجدت بها عيبا لم يكن لك ردها عليه، وكأنك انتزعتها منه وأعتقته، ولو [بعته[260]] بها نفسه وليست له يومئذ رجعت عليه بقيمتها لا بقيمته كما لو قاطعت مكاتبك على أمة في يده فقبضتها وأعتقته وتمت حريته ثم استحقت، أو وجدت بها عيبا فإنك ترجع عليه بقيمتها دينا، وهذا كالنكاح بها بخلاف البيوع. انتهى. قوله: ولو بعته بها نفسه وليست له يومئذ. قال ابن يونس: قال يحيى: وهي بعينها في ملك غيره، وقوله: "كما لو قاطعت مكاتبك" إلى آخره يريد ويجوز أن يقاطع المكاتب على عبد في يديه، فإن استحق أو وجد [به[261]] عيب رجع بقيمته بلا خلاف في هذا؛ لأن سيده كان غير قادر على أخذ ماله فهو بخلاف العبد، وإن أعتق عبده على عبد موصوف فاستحق أو وجد به عيب رجع عليه بمثله في [صفته.[262]] ابن يونس: فصار ذلك على ثلاث رتب؛ في المعين لا يرجع عليه بشيء، وفي الموصوف يرجع عليه بمثله، وإذا كان المعين لغيره رجع بقيمته. انتهى من ابن يونس. ونقله أبو الحسن، ونقل بقية النظائر. والله سبحانه أعلم.

309 ص: **أو عمرى** ش: يريد أن من أعمر رجلا حياته دارا،/ ثم أعطى [المعمر بكسر[263]] الميم المعمر بفتحها عبدا عوضا عما جعله له من العمرى، ولا يجوز أن يعطي رجل عبدا لرجل ليعمره دارا فليس

الحديث ....

---

260 – في المطبوع بعت وما بين المعقوفين من سيد51 ويحيى والشيخ241.

261 – في المطبوع بها ويحيى142 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم111 والشيخ242.

262 *– في المطبوع صفقة وما بين المعقوفين من م111 ويحيى142 وسيد51 والشيخ241.

263 – في المطبوع المعمر دارا ثم أعطى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 308 وم111 والشيخ242 ويحيى142.

نص خليل

إِنْ عُرِفَ بِالْحُرِّيَّةِ وَأَخَذَ السَّيِّدُ مَا بِيعَ وَلَمْ يَفُتْ بِالثَّمَنِ كَمَشْهُودٍ بِمَوْتِهِ إِنْ عُذِرَتْ بَيِّنَتُهُ وَإِلاَّ فَكَالْغَاصِبِ وَمَا فَاتَ فَالثَّمَنُ كَمَا لَوْ دَبَّرَ أَوْ كَبِرَ صَغِيرٌ.

متن الحطاب

مرادا هنا. والله أعلم.

ص: إن عرف بالحرية ش: هذا كقوله في كتاب الاستحقاق من المدونة: فإن كان معروفا بالحرية لم يضمن الوصي ولا متولي الحج. قال أبو الحسن: ظاهره أن مع الجهل يحمل على الرق، وفي آخر كتاب الرجم أن الناس محمولون على الحرية، فمعنى قوله هنا: "إن كان معروفا بالحرية" فيمن ظهرت فيه مخايل الرق أو صفة تؤذن بالرق، وأما مع الجهل بحاله فمحمول على الحرية كما قال [في آخر[264]] كتاب الرجم فيفسر هذا الموضع بما قلناه. ثم قال: ومفهوم قوله: "إن كان معروفا" أنه لو كان غير معروف لضمن لأنه تعدى على مال الغير. انتهى. ويعني [بغير[265]] المعروف من ظهرت عليه مخايل الرق أو من فيه ريبة كما تقدم.

ص: وأخذ السيد ما بيع ولم يفت بالثمن ش: قال في المدونة: ويأخذ السيد ما كان قائما من التركة لم يبع وما بيع وهو قائم بيد مبتاعه فلا يأخذه السيد إلا بالثمن، ويرجع بذلك الثمن على البائع. قال أبو الحسن: قوله يرجع على البائع وقال أولا لم يضمن الوصي قالوا معنى ما تقدم أن الثمن فات وصرفه في مصارفه، ومعنى قوله: يرجع على البائع أن الثمن قائم بيده. انتهى. يريد أو صرفه في غير ما لم يوص به الميت.

ص: وإلا فكالغاصب ش: قال في المدونة: فإن لم تأت البينة بما تعذر به من شبهة دخلت عليهم فذلك كتعمدهم الزور فيأخذ متاعه حيث وجده. قال الرجراجي: وسواء كانت شهادتهم عند الورثة أو عند القاضي، وتأول القاضي إسماعيل المدونة على أنهم شهدوا عند الورثة، وأما إن شهدوا عند القاضي فلا سبيل إلى متاعه إلا بالثمن. قال الرجراجي: وهذا الذي قاله مخالف لنص المدونة. والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن: وحملهم على الكذب حتى يأتوا بالشبهة. والله أعلم.

ص: وما فات فالثمن ش: هذا قسيم قوله: "ما بيع ولم يفت" يعني وأما ما فات فإنما له الرجوع بالثمن على الذي باع ذلك، وقاله في المدونة.

فرع: قال في كتاب الرهون من المدونة: وإذا باع السلطان الرهن ودفع ثمنه إلى المرتهن ثم استحق الرهن وقد فات عند المبتاع، أو غاب عليه المبتاع فلم يوجد فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن ويرجع المرتهن بحقه على الراهن، وقاله مالك فيمن باع سلعة فاستحقها صاحبها، وقد دارت في أيدي رجال أنه يأخذ الثمن من أيهم شاء. [انتهى. أبو[266]] الحسن: وفوات الشيء المستحق إنما هو بزوال عينه أو ما يقوم مقام زوال عينه، وقوله: أو غاب به المبتاع في الأمهات وغاب، واختصار

الحديث

....

---

264 – في المطبوع قال بعض في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 309 وم111 قال في كتاب ويحيى142 والشيخ242.

265 – في المطبوع تغيير وما بين المعقوفين من ن ذي ص309 وم111 ويحيى142 والشيخ241 وسيد51.

266 *– في المطبوع من أبي وما بين المعقوفين من سيد والشيخ242 ويحيى142 وم112.

نص خليل **باب الشُّفْعَةُ أَخْذُ شَرِيكٍ.**

متن الحطاب

أبي سعيد أحسن؛ لأنه معنيان، ومفهومه أنه لو لم يفت لكان الحكم غير هذا، وهو أنه يأخذه المستحق [بغير[267]] ثمن ولا [يرد[268]] [هذه مسألة[269]] محمد في الذي يباع عليه ماله وهو غائب ثم قدم فأثبت البراءة من الدين أنه قال يأخذ ذلك بالثمن، والفرق بينهما أن مسألة محمد بيع على ملك الغائب، وهذا بيع على غير ملك المستحق، وانظر/ مسألة محمد في كتاب الأقضية لابن يونس. انتهى. وانظر ابن سلمون في باب من أحاط الدين بماله، وقال أبو الحسن: قوله فللمستحق إجازة البيع وأخذ الثمن من المرتهن. عياض: الذي يقطع به أن مذهب المدونة أن رجوعه على المرتهن، والذي قال ابن حبيب وأصبغ عن ابن القاسم أنه إنما يرجع على الراهن إلا أن يكون عديما فيرجع على المرتهن. الشيخ: وسبب الخلاف هل هذا الرهن إنما بيع على [ملك[270]] الراهن وفيما عليه، أو إنما بيع لحق المرتهن وأنه بحكم الحاكم بالبيع زال ملك الراهن؟ وبعضهم حمل المدونة على أن الراهن عديم، ثم قال: قوله يأخذ الثمن من أيهم شاء إلا الأخير فإنه لا يرجع على أحد، فإن أخذه من الأول صحت جميع الصفقات بخلاف الشفعة إن أخذه من الأول بطلت جميع الصفقات، والفرق بينهما أنه إنما يرجع بالثمن [وفي الشفعة[271]] إنما يرجع في الدار. انتهى. وتقدم في آخر باب الغصب شيء من هذا، وقال البرزلي في أثناء كتاب الأقضية: قال اللخمي في كتاب التخيير: من أثبت دينا على غائب وباع فيه داره ثم قدم الغائب وأثبت أنه قضاه دينه [نفذ[272]] البيع، إذا فات لأنه لم يتعد على الذمة. ابن عات: هو مخالف لما قاله أبو الوليد أنه يجوز بيع الرهن دون الحكم، سواء كان في وثيقة الدين تصديق المرتهن في الاقتضاء أم لا، فإن ادعى بعد ذلك دفع الدين فإن لم يشترط التصديق في الاقتضاء وأقام البينة على الدفع انتقض البيع، وإن لم تقم بينة حلف المرتهن ونفذ البيع وإن نكل حلف الراهن لقد أداه وسقط الدين ونفذ البيع. ذكره ابن فتحون.

310

قلت: لعل مسألة اللخمي باع بحكم حاكم ومسألة ابن فتحون بغير حاكم. انتهى من مسائل الأقضية.

ص: **باب الشفعة** ش: قال ابن رشد في المقدمات: والأصل في تسميتها بذلك هو أن الرجل في الجاهلية كان إذا اشترى حائطا أو منزلا أو شقصا من حائط أو منزل أتاه المجاور أو الشريك فشفع له في أن يوليه إياه ليتصل له الملك أو يندفع عنه الضرر حتى يشفعه، فيه فسمي ذلك شفعة، وسمي الآخذ شفيعا والمأخوذ منه مشفوعا عليه. انتهى. والشفعة بسكون الفاء. قاله عياض.

ص: **أخذ شريك** ش: تمام الرسم قوله: "ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة" عقارا بمثل الثمن

الحديث

---

267 *- في المطبوع من غير وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

268 *- في يحيى142 ترد.

269 *- في سيد51 هذه المسألة مسألة محمد.

270 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم112 ويحيى142 والشيخ243.

271 *- في المطبوع والشفعة وما بين المعقوفين من م112 ويحيى142 والشيخ242 وسيد51.

272 *- في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من م112 والشيخ242 وسيد242 وسيد51 وفي يحيى142 مضى.

نص خليل وَلَوْ ذِمِّيًّا بَاعَ الْمُسْلِمُ لِذِمِّيٍّ كَذِمِّيِّينَ تَحَاكَمُوا إِلَيْنَا أَوْ مُحَبِّسًا.

متن الحطاب أو قيمته أو قيمة الشقص، وهو قريب من [رسم[273]] ابن الحاجب، واعترضه ابن عرفة بأنه رسم الأخذ لا رسم ماهية الشفعة ورسمها [بأنها[274]] استحقاق شريك أخذ مبيع شريكه بثمنه. انتهى.

قلت: قد يقال إنه غير جامع لخروج ما [تكون[275]] فيه الشفعة بقيمة الشقص فتأمله. واعتراض ابن عرفة المذكور هو في مختصره، ونقل عنه تلميذه البرزلي أنه نقض رسم ابن الحاجب أيضا بأخذ الشريك الثوب إذا وقف على ثمن، وبما إذا وقع ثوب مسلم في الغنائم وأخذه رجلان فأخذ من أحدهما ثم أراد الأخذ من الآخر. انتهى. وقوله: "أخذ شريك" أي بجزء مشاع، وأما لو كان شريكا بأذرع وهي غير معينة ففيها خلاف. قال مالك: لا شفعة وأثبتها أشهب، ورجح ابن رشد الأول وأفتى به وحكم به بأمره. قاله في آخر كتاب الشفعة من المقدمات.

ص: **ولو ذميا باع المسلم لذمي كذميين تحاكموا إلينا** ش: قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: وإذا كانت دار بين مسلم وذمي فباع المسلم حصته من مسلم أو ذمي فلشريكه الذمي أن يشفع كما لو كان مسلما. انتهى. وفي التبصرة للخمي: وإن باع النصراني نصيبه من مسلم أو نصراني كانت للمسلم الشفعة. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام المتقدم: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن يتحاكموا إلينا. انتهى. وفي أول سماع يحيى من الشفعة: وسألت ابن القاسم عن/ النصرانيين الشريكين في الأصل يبيع أحدهما حظه من مسلم أو نصراني فتجب الشفعة لشريكه أيقضى له بها [على المشتري مسلما كان أو نصرانيا؟[276]] قال: أما على المسلم يقضى بها للنصراني لأني قد كنت أقضي بها [أيضا[277]] للمسلم على النصراني، وأما إذا كان الشفيع نصرانيا وكان شريكه مسلما أو نصرانيا فاشترى نصراني [نصيب الشريك النصراني[278]] فلا أرى أن يقضى بينهما بشيء؛ لأن الطالب والمطلوب نصرانيان، فهما يردان إلى أهل دينهما لأن المطلوب يقول ليس في ديننا الحكم بالشفعة فلا أرى للمسلم أن يحكم بينهما إلا أن يتراضيا على ذلك. ابن رشد: تحصيل القول في هذه المسألة أنه إن كان الشفيع الذي لم يبع أو المشتري المشفوع عليه مسلما قضي بالشفعة لكل واحد منهما على صاحبه باتفاق المذهب؛ لأنه حكم بين مسلم ونصراني، واختلف إن كان الشفيع والمشتري المشفوع عليه نصرانيين والشريك البائع مسلما فقال في هذه الرواية إنه لا يقضى في ذلك بالشفعة، ويردان إلى أهل دينهما لأن الشافع والمشفوع نصرانيان. وقال في أصل الأسدية وهو في بعض روايات المدونة أنه يقضى في ذلك بالشفعة من أجل أن الشريك البائع مسلم، وهو قول أشهب في المجموعة. انتهى. فالقول الثاني هو الذي مشى عليه المؤلف فقال: ولو كان الشريك الآخذ بالشفعة

311

الحديث

---

[273] – في المطبوع قول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 وم112 ويحيى142 والشيخ244 ومايابى1.

[274] – في المطبوع هو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 310 ويحيى142 وم112 ومايابى1 (والشيخ244 فإنها).

[275] *– في المطبوع وم112 وسيد52 والشيخ243 يكون وما بين المعقوفين من يحيى142.

[276] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص311 وم112 ويحيى143 والشيخ244 ومايابى1.

[277] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص311 ويحيى143 والشيخ244 ومايابى1.

[278] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص311 (ويحيى143 والشيخ244 شريكه).

نص خليل لِيُحَبِّسَ كَسُلْطَانٍ لاَ مُحَبَّسٍ عَلَيْهِ وَلَوْ لِيُحَبِّسَ وَجَارٍ وَإِن مَّلَكَ تَطَرُّقًا.

متن الحطاب ذميا والحالة أن شريكه مسلم باع لذمي، وأشار بلو إلى القول الأول في كلام ابن رشد، ودخل في كلامه بالأحروية ما إذا باع الشريك المسلم لمسلم فيكون لشريكه الذمي الشفعة، أو باع النصراني حصته لمسلم أو ذمي فلشريكه المسلم الشفعة، أو كانت بين ذميين فباع أحدهما حصته من مسلم لأن هذه متفق على وجوب الشفعة فيها كما تقدم، وقول الشارح: [مفهوم[279]] قوله: [لذمي[280]] لو باع لمسلم لا شفعة له وليس كذلك لا يرد على المصنف لأن هذه الصورة داخلة في كلامه بالأحروية فليتأمل. وقول البساطي: واعترضوا عليه بأنه مخالف للمدونة.

قلت: ولعله رجح ما لابن القاسم في المجموعة أن المسلم إذا باع لنصراني وشريكه نصراني فلا شفعة للنصراني فيه سهو ظاهر. والله أعلم. قوله: "كذميين تحاكموا إلينا" هذه الصورة السادسة فإن للمسألة سبع صور؛ لأن الدار تارة تكون شركة بين ذمي ومسلم [وتارة شركة بين ذميين وتارة بين مسلمين وإذا كانت شركة بين مسلم وذمي[281]]، فتارة يبيع المسلم حصته من مسلم أو ذمي، وتارة يبيع الذمي حصته من مسلم أو ذمي، [وإن[282]] كانت الدار بين ذميين فتارة يبيع أحدهما حصته من مسلم أو ذمي فهذه ست، والسابعة إذا كانت الدار بين مسلمين فباع أحدهما حصته من ذمي؛ فواحدة صريحة في كلام المؤلف وهي ما إذا باع المسلم حصته لذمي وكان شريكه ذميا [وهي محل[283]] الخلاف، [والخمس الأخر[284]] داخلة في كلام المؤلف بالأحروية لأنها متفق عليها، وبقيت واحدة وهي ما إذا كانت بين ذميين فباع أحدهما لذمي فأشار إليها بقوله: "كذميين تحاكموا" وهكذا قال في المدونة: ولو كانت بين ذميين فباع أحدهما نصيبه لم أقض بالشفعة بينهما إلا أن [يتحاكما إلينا. قال أبو الحسن الصغير: معناه أنه باعه من ذمي يدل عليه قوله: "إلا أن[285]] [يتحاكما[286]] إلينا"، وقال أشهب إذا كان المبتاع مثلهما فلا شفعة وإن تحاكموا إلينا. انتهى. فقول المؤلف: "كذميين تحاكموا إلينا" يعني كما إذا كانت لذميين والحالة أنه باع أحدهما لذمي، ويدل على أن أحدهما باع لذمي قوله باع المسلم لذمي، وقوله: "ذميين" بالجمع لا بالتثنية كما تقدم، وحذف الجار والمجرور في قوله: "إلينا" للعلم به. والله أعلم.

ص: **ليحبس** ش: يريد وأما لو أخذها لنفسه فليس له ذلك.

تنبيه: لو أعمر إنسان إنسانا جزءا مشاعا من دار وله فيها شريك فباع شريكه فللمعمر بكسر الميم أن يأخذ بالشفعة؛ لأن الحصة ترجع إليه بعد موت المعمر بفتح الميم. قاله ابن الحاجب.

312 ص: وجار وإن ملك تطرقا ش: قال في/ كتاب الشفعة من المدونة: ولا شفعة بالجوار والملاصقة في

الحديث ....

---

[279] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم112 ويحيى143 والشيخ244 ومايابى2.
[280] – في المطبوع الذمي وما بين المعقوفين من ن ذي ص311 وم112 ويحيى143 والشيخ243 والشيخ243 وسيد52.
[281] – ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في م112 ويحيى والشيخ242 وسيد52.
[282] – في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من م112 ويحيى والشيخ242 وسيد52.
[283] *- في المطبوع وهو على وما بين المعقوفين من م112 والشيخ244 وسيد52 وفي يحيى143 فهي محل.
[284] *- في المطبوع والخامسة الاخرى وما بين المعقوفين من م112 ويحيى143 وفي سيد52 والشيخ244 والخمسة الاخر.
[285] – في المطبوع يتحاكموا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 311 وم112 ويحيى143 والشيخ245 ومايابى2.
[286] *- في المطبوع أن يتحاكموا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج4 ص125.

نص خليل وَنَاظِرِ وَقْفٍ وَكِرَاءٍ وَفِي نَاظِرِ الْمِيرَاثِ قَوْلَانِ.

متن الحطاب سكة أو غيرها، ولا بالشركة في الطريق، ومن له طريق في دار فبيعت الدار فلا شفعة له فيها. انتهى. قال ابن يونس: لأنه إنما له حق في الجوار لا في نفس الملك. انتهى.

ص: وناظر وقف ش: لا إشكال في عدم أخذه بالشفعة على القول الذي مشى عليه المصنف من أن المحبس عليه ليس له أن يأخذ بالشفعة ولو ليحبس، وقد يؤخذ ذلك من قول أبي الحسن في آخر كتاب الشفعة لما ذكر قوله في المدونة أن المحبس عليهم ليس لهم أن يأخذوا بالشفعة. قال ابن سهل: به يستدل على أن صاحب المواريث لا يشفع لبيت المال والمساجد. انتهى. والله أعلم.

ص: وكراء ش: أي وكذا لا شفعة في الكراء، وما ذكره المصنف هو أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وإنما اقتصر عليه لأنه مذهب المدونة في أول كراء الدور والأرضين حسبما أشار إلى ذلك في توضيحه، وصرح ابن ناجي في شرح المدونة بمشهوريته، وسيأتي لفظهما. قال في المدونة في كراء الدور: وإذا اكترى رجلان دارا بينهما فلأحدهما أن يكري حصته قال مالك ولا شفعة فيه لشريكه بخلاف البيع. انتهى.

قال ابن ناجي: ما ذكره من عدم الشفعة هو المشهور، وقال أشهب وابن المواز له الشفعة، وقال في التوضيح في كتاب الشفعة في شرح قول ابن الحاجب: "وفي الثمار والكتابة وإجارة الأرض للزرع قولان" قوله: "وإجارة الأرض للزرع" لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة سقوطها، وهو قول عبد الملك والمغيرة، وبوجوبها قال مطرف وأشهب وأصبغ، واختلف أيضا في المساقاة كالكراء، والأقرب سقوطها في هذه الفروع؛ لأن الضرر فيها لا يساوي الضرر في العقار الذي وردت الشفعة فيه. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونصه: وليس في قول المؤلف: "وإجارة [الأرض[287]] للزرع" دليل على خصوصية هذه الصورة بالخلاف في ثبوت الشفعة فيها بل ذلك عام في كراء العقار، لكن مذهب ابن القاسم سقوط الشفعة في الكراء، وهو قول المغيرة وعبد الملك، وقال أشهب ومطرف وأصبغ فيه الشفعة، وهو قول ابن القاسم أيضا، والقولان مرويان عن مالك، واختلف أيضا في المساقاة كما اختلف في الكراء، والأقرب في هذه المسائل على أصل المذهب سقوط الشفعة فإن الضرر اللاحق بسبب المشاركة فيها قاصر عن الضرر اللاحق في المسائل المتفق على ثبوت الشفعة فيها. انتهى.

تنبيهات: الأول: اعترض الشارح على المصنف في اقتصاره على القول بعدم الشفعة وعدم تعرضه للقول بوجوبها. قال في الوسط بعد نقله القولين عن الموازية: فانظر كيف اقتصر الشيخ على عدم الشفعة ولم يحك القول الآخر؟ وهو أولى بالذكر هنا لأنه أحد قولي مالك ورواية ابن القاسم عنه، وبه أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب أو كان يذكر القولين معا. انتهى. ونحوه في الكبير، وقال [فيه[288]] بدل قوله: "وهو أولى بالذكر هنا" فكان هذا القول أولى بالاقتصار عليه أو يذكر القولين معا، وعلى هذا فلو قال وفي الكراء وناظر الميراث قولان لكان أحسن. والله أعلم. وعلى التسوية

الحديث ....

[287] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم113 ويحيى144 والشيخ245 ومايابى3.
[288] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم113 ويحيى144 والشيخ246 ومايابى3.

نص خليل ....

متن الحطاب بين القولين من غير ترجيح مشى في شامله فقال: وفي الكراء روايتان. [اهـ.[289]] وتبع البساطي الشارح في الاعتراض على المؤلف فقال: وكان الأحسن أن يذكر المصنف في الكراء القولين كما في ناظر الميراث؛ لأنهما لمالك، ورجح جماعة الثاني، ولم يتعرض ابن غازي لما ذكره الشارح من الاعتراض على المصنف بنفي ولا إثبات، وتعرض له الشريف الفاسي ونظر في اعتراضه، وأجاب عن الشيخ في اقتصاره على القول بعدم الشفعة بما قدمناه، [ونصه[290]] إثر قول ابن الحاجب المتقدم: قوله:

313 "وإجارة الأرض للزرع" لا يريد خصوصية هذه المسألة بل كل كراء/ كذلك، والقولان لمالك، ومذهب ابن القاسم في المدونة في كراء [الدور سقوطها،[291]] وعليه اقتصر الشيخ خليل، واعترضه شارحه الشيخ تاج الدين بأن القولين لمالك ورواية ابن القاسم، وبثبوت الشفعة أخذ هو وأشهب ومطرف وأصبغ وابن المواز وابن حبيب، فكان ذكره لهذا القول أولى أو كان يذكرهما، ولهذا حكى في شامله القولين من غير ترجيح، وفيه نظر لقوله في التوضيح: مذهب المدونة السقوط، ولعله لما لم ير المسألتين في كتاب الشفعة من المدونة لم يعتبر كلامه. والله أعلم. انتهى. فظهر من هذه النصوص صحة ما قاله المصنف، وسقط عنه اعتراض الشارح والبساطي. والله أعلم.

الثاني: سيأتي في كلام المصنف في الثمار إذا لم تيبس أن فيها الشفعة، وقال في حاشية المشذالي في كتاب الشفعة: فإن قيل ما الفرق بين الشفعة في الثمار وعدمها في السكنى، وكل منهما غلة ما فيه الشفعة؟ قيل: الفرق أن الثمار لما تقرر لها وجود في الأعيان ونمو في الأبدان من الأشجار صارت كالجزء منها، وإليه أشار ابن العربي، فأعطيت حكم الأصول ولا كذلك السكنى، فلذلك صرح في المدونة بعدم الشفعة فيها. المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في ترجمة اكترى حمامين أو حانوتين من كراء الدور أن الفرق أن الثمرة أعيان وهي مشتبهة بالأصول ولا كذلك المنافع،ألا ترى إذا اشترى الثمرة بعد يبسها في رؤوس الأشجار أنه لا شفعة فيها. انتهى. وتأمل الفرق بين الزرع والثمار. والله أعلم.

الثالث: على القول بوجوب الشفعة في الكراء فقال اللخمي [ذلك[292]] بشرطين أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. قال المشذالي: قال الشيخ أبو الحسن في الترجمة المذكورة: قال ابن يونس: قال محمد: وأشهب يرى الشفعة في الكراء وبه أقول. اللخمي: وبه العمل بشرط أن يكون مما ينقسم، وأن يشفع ليسكن. انتهى. ونقله الباجي عن أبي الحسن أيضا وزاد إثره: قلت: وليس العمل عليهما عندنا بإفريقية. انتهى. أي ليس العمل عندهم بإفريقية على اشتراط الشرطين المذكورين، والشرطان المذكوران ذكرهما اللخمي، وعنه نقلهما الشيخ أبو الحسن فإنه بعد أن ذكر الشرطين المذكورين أتى بكلام اللخمي عقب ذلك كالمستدل بذلك، ولنذكر كلامه برمته، ونصه: ابن المواز وأشهب يرى الشفعة في الكراء، وبه أقول. الشيخ: وعليه العمل، وذلك بشرطين: أن يكون مما ينقسم، وأن

الحديث ....

289 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 ويحيى144 و الشيخ246 ومايابى3.
290 – في المطبوع ونص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 312 وم113 ويحيى144 و الشيخ246 ومايابى3.
291 – في المطبوع وسقوطها وم113 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 ويحيى144 ومايابى3.
292 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم113 والشيخ246 ومايابى3.

نص خليل ....

متن الحطاب يشفع ليسكن. اللخمي: اختلف إذا كان الكراء في نصف شائع فقال مالك مرة لا شفعة فيه، ومرة قال فيه الشفعة، وهذا إذا كانت الدار [تحتمل[293]] القسمة، فإن أراد الشريك أن يأخذ بالشفعة ليسكن كان ذلك له، وإن أراد ذلك ليكري لم يكن له ذلك، وهو بمنزلة من يأخذ الشفعة بالبيع، وكذلك الحانوت يكون بين الشركاء فيكري أحدهم نصيبه شائعا فلا شفعة [للآخر[294]] إذا كان لا يحمل القسم أو كانوا يأخذون بالشفعة ليكرون، وإن كان يحمل القسم وأراد أن يأخذ بالشفعة ليجلس فيه للبيع كان ذلك له، وإن كان يكريه لمن يجلس فيه لم يكن له ذلك. انتهى.

الرابع: قال المشذالي في حاشيته في كراء الدور إثر كلام المدونة المتقدم: وقوله: "فلأحدهما أن يكري حصته ظاهره ولو من غير شريكه، وأنه لا يكون شريكه أحق به من الغير، وهو خلاف ما في سماع ابن القاسم في [رجلين تكاريا أرضا ليزرعاها فبدا لأحدهما أن يكري حصته منها؟ قال: أرى شريكه أولى بها، وكذلك لو أن[295]] رجلين وهبت لهما ثمرة شجر عشر سنين حبسا عليهما، ثم أراد أحدهما بيع حصته من ذلك بعد الطيب فشريكه أولى بها. انتهى. وهذه المسألة في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كراء الدور والأرضين، وزاد بعد قوله: "أولى بها" ممن أراد شراءها بالذي بذل فيها: قال سحنون: وقال مالك لا شفعة في الأكرية، وقاله ابن القاسم.

قال محمد بن رشد: قول مالك [أرى[296]] شريكه أولى بها في مسألة الكراء ومسألة الثمرة يريد أولى بها من المشتري بالثمن الذي بذل فيها؛ لأنه يأخذ/ الثمرة من المشتري بالشفعة [بعد[297]] تمام الشراء والكراء من المكتري بالشفعة بعد تمام الكراء، فليس ما قاله مالك في مسألة الثمرة والكراء خلافا لما حكاه سحنون عن مالك وابن القاسم من أنه لا شفعة في الأكرية لأنهما مسألتان، فالمسألة الأولى وهي أن الشريك أولى بالثمرة وبالكراء بما بذل المشتري والمكتري فيها من الثمن والكراء لا خلاف فيها، وكذلك يجب في كل مشترك لا شفعة فيه، ومثله قول مالك في الذي تكون تحته الأمة لقوم فتلد منه فيبيعونها وولدها أنه أحق بها بما يعطى فيها، وقد مضى القول في ذلك في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب النكاح والمسألة الثانية؛ وهي هل تكون الشفعة في الكراء بعد تمامه وفي الثمرة بعد الشراء أم لا؟ فيها اختلاف. اختلف في ذلك قول مالك وقع [اختلاف قوله في الثمرة في المدونة[298]] وفي الكراء في الواضحة، وأخذ بوجوب الشفعة في ذلك ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبأن لا شفعة في ذلك ابن القاسم ومطرف وأصبغ، وبه أخذ ابن حبيب، وكذلك اختلف قول مالك أيضا في الشفعة في الكتابة والدين يباعان هل

314

الحديث ....

[293] *- في يحيى144 تحمل.

[294] – في المطبوع في الاخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم113 ويحيى144 والشيخ247 ومايابى4.

[295] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 313 وم113 ويحيى144 والشيخ247 ومايابى4.

[296] – في المطبوع أراد وما بين المعقوفين من ن ذي ص313 والشيخ246 وسيد52 ويحيى144.

[297] – في المطبوع يوم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم113 ويحيى145 والشيخ247 ومايابى4.

[298] *- في المطبوع اختلاف في قول في المدونة في الثمرة وما بين المعقوفين من م113 ويحيى145 والشيخ246 وسيد52.

نص خليل ....

متن الحطاب يكون للمكاتب والذي عليه الدين الشفعة في ذلك أم لا؟ فقال مرة لهما الشفعة في ذلك، وأخذ به مطرف وابن الماجشون وابن وهب وأشهب وأصبغ وابن عبد الحكم، وإليه ذهب ابن حبيب، وحكى في ذلك حديثا من مراسيل سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: { الشفعة في الكتابة والدين[1]} وحكى عن مالك من رواية ابن القاسم عنه أنه استحسن الشفعة في ذلك ولم ير القضاء بها. انتهى. وقال ابن الفاكهاني في شرح عمدة الأحكام إنه لم يقف على نص في مسألة الأمة ومسألة بيع الدين، وقد تقدمت مسألة الأمة في النكاح عند قول المصنف: "وفسخ [و[299]]إن طرأ بلا طلاق". والله أعلم. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين. والله أعلم.

الخامس: ما عزاه ابن رشد لابن الماجشون وابن عبد الحكم من الأخذ بوجوب الشفعة في الكراء، وبأن لا شفعة لابن القاسم ومطرف وأصبغ وابن حبيب عكس ما نقل صاحب النوادر، فإنه عزا لابن الماجشون وابن عبد الحكم عدم الأخذ بالشفعة، ولابن القاسم ومن ذكر معه الأخذ بالشفعة، ونصه: قال ابن حبيب: اختلف قول مالك في الشفعة في الكراء، فأخذ ابن [الماجشون[300]] وابن عبد الحكم بقوله أن لا شفعة وأخذ مطرف وابن القاسم وأصبغ بقوله إن فيه الشفعة، وبه [نأخذ[301]] وذلك في كراء الدور والمزارع سواء. انتهى. وعلى نقل النوادر مشى ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح والشارح كما تقدم في كلامهم، وعلى نقل ابن رشد مشى ابن عرفة، ونصه: ابن رشد: إنما وقع اختلاف قول مالك في الشفعة في الكراء في الواضحة، وبقوله بالشفعة فيه قال ابن الماجشون وابن عبد الحكم، وبنفيها فيه قال ابن القاسم ومطرف وأصبغ وابن حبيب. انتهى. ولم يتعرض ابن عرفة لما بين النقلين من المخالفة مع أنه نقل عن النوادر بعض فروع الترجمة التي فيها كلام النوادر المذكور، ولعل لكل من مطرف وأصبغ وابن حبيب قولين في المسألة أيضا مثل ما لمالك وابن القاسم. فتأمل ذلك أيضا. والله الموفق للصواب.

السادس: قول ابن رشد: وقع اختلاف قول مالك في الثمرة في المدونة وفي الكراء في الواضحة ظاهره [أن[302]] قول مالك لم يختلف في الكراء في المدونة، واستقرأ الخلاف منها الشيخ أبو الحسن الصغير من قوله في المدونة في كتاب الشفعة: ومن أعمر عمرى على عوض لم تجز وردت، ولا شفعة فيه لأنه كراء فاسد، [ونصه: الشيخ: انظر قوله: "لأنه كراء فاسد"[303]] ظاهر هذا التعليل أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو خلاف ما في كراء الدور، وهو قول أشهب، وقاله ابن القاسم أيضا، ورجحه ابن المواز، وبه مضى عمل القضاة. أبو محمد صالح: قوله: "لأنه كراء فاسد" راجع للرد خاصة تقديره لم يجز، ورد لأنه كراء/ فاسد ولا شفعة فيه، وعلى هذا لا يلزم الاستقراء. انتهى. ونحوه لابن ناجي، ونصه: ظاهر تعليله يقتضي أن الشفعة في الكراء الصحيح، وهو مخالف لقولها في كتاب كراء الدور

315

الحديث 1 - انظر البيان والتحصيل، ج9 ص15.

[299] - ساقطة من المطبوع وم114 ويحيى145 والشيخ247 ومايابى4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314.

[300] - في المطبوع القاسم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم114 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

[301] - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من يحيى.

[302] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم114 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

[303] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 314 وم114 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

نص خليل

مِمَّنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ اللاَّزِمُ اخْتِيَارًا بِمُعَاوَضَةٍ وَلَوْ مُوصًى بِبَيْعِهِ لِلْمَسَاكِينِ عَلَى الأَصَحِّ وَالْمُخْتَارِ لاَ مُوصًى لَهُ بِبَيْعِ جُزْءٍ عَقَارًا وَلَوْ مُنَاقَلاً بِهِ إِنِ انْقَسَمَ وَفِيهَا الإِطْلاَقُ وَعُمِلَ بِهِ بِمِثْلِ الثمَنِ وَلَوْ دَيْنًا.

متن الحطاب

والأرضين بنفي الشفعة، ورد أبو محمد صالح هذا الأخذ بأن التعليل راجع لقوله: "لم يجز ورد" [لا[304]] لعدم الشفعة، وتقديره لم يجز، ورد لأنه كراء فاسد ولا شفعة فيه. انتهى.

السابع: انظر ما حكاه ابن رشد من الخلاف في الشفعة في الدين مع قول ابن ناجي في شرح الرسالة: ولا شفعة في الدين باتفاق، واختلف هل يكون المديان أحق به أم لا؟ ولعل الذي نفى ابن الحاجب الخلاف فيه إذا باع أحد الشركاء في الدين حصته منه فتأمله. واقتصر في المسائل الملقوطة على القول بالشفعة في الدين. والله أعلم.

فرع: وهل لأحد الشريكين أن يلزم صاحبه أن [يقاويه؟[305]] سيأتي عن النوادر أنه ليس له ذلك في البيع والكراء مثله. وانظر في الإجارة الكلام على أنهما يؤجران أو يسكن أحدهما بما يقف عليه الكراء.

ص: ممن تجدد ملكه اللازم اختيارا بمعاوضة ش: يدخل في قوله: "بمعاوضة" البيع وهبة الثواب والمهر والخلع وجميع المعاوضات والصلح ولو كان على إنكار، وقد قال في الجواهر في آخر كتاب الصلح: إذا ادعى رجل على رجلين دارا فكذبه أحدهما وصدقه الآخر فصالحه المصدق على مال فأراد المكذب الأخذ بالشفعة فله ذلك. انتهى. وخرج به الهبة لغير ثواب والصدقة. والله أعلم.

ص: لا موصى له ببيع جزء ش: أي فليس للورثة عليه شفعة، وأما لو كان شريكه أجنبيا لكانت له الشفعة، وصرح به الشارح في الكبير فأحرى أن [تكون[306]] الشفعة للأجنبي في المسألة التي قبلها، ونص عليه اللخمي/ في الأولى.

316

ص: بمثل الثمن ش: تصوره واضح.

فرع: قال في المدونة: إذا قال الشفيع بعد الشراء اشهدوا أني أخذت بشفعتي ثم رجع فإن علم بالثمن قبل الأخذ لزمه، وإن لم يعلم كان له أن يرجع. انتهى. فعلم من هذا أنه يصح الأخذ بالشفعة قبل علم الثمن، وقال اللخمي تسليمه الشفعة قبل معرفة الثمن جائز، واختلف في الأخذ قبل المعرفة بالثمن فقيل جائز، وهو ظاهر الكتاب؛ لأنه قال: إذا أشهد أنه أخذ قبل المعرفة بالثمن ثم قال بدا لي فإن له أن يترك إن أحب، فجعله بالخيار في التمسك ولو كان عنده فاسدا لم يكن له أن يمسك، وفي كتاب محمد إن ذلك فاسد [ويجبر[307]] على رده. انتهى. ونص ما في كتاب محمد على ما في النوادر: إذا تشاهد المتبايعان على البيع وكتما الثمن لم تجب الشفعة حتى يظهر الثمن. انتهى. وقال ابن [راشد[308]] في اللباب: الشرط الثالث: معرفة الثمن فلو لم يعرفه فلا شفعة، وقد قال ابن القاسم في

الحديث

....

[304] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

[305] - في المطبوع يقاومه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 وم114 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

[306] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 315 وم114 ويحيى155 والشيخ248 ومايابى5.

[307] - في المطبوع ومجبور وما بين المعقوفين من يحيى156 والشيخ248 ومايابى6 وسيد53.

[308] *- في المطبوع وسيد53 والشيخ248 رشد وما بين المعقوفين من م114 ويحيى146.

نص خليل أَوْ قِيمَتِهِ بِرَهْنِهِ وَضَامِنِهِ وَأَجْرَةِ دَلَّالٍ وَعَقْدِ شِرَاءٍ وَفِي الْمَكْسِ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب رجل تصدق على أخته بسهم في أرض عوضا عما ذكر أنه أصابه من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. انتهى. والمسألة في كتاب الشفعة من البيان في رسم شهد [من[309]] سماع عيسى من ابن القاسم وفي المسألة المذكورة أن الجهل بالثمن إن كان لطول المدة فإن الشفعة تسقط بذلك، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى عند قوله: "لا إن غاب أولا".

فرع: قال في شرح أول مسألة من سماع يحيى من كتاب الشفعة: واختلف إذا باع نصراني من نصراني شقصا بخمر أو خنزير والشفيع مسلم، فقيل إنه يأخذ الشفعة بقيمة الشقص وهو قول أشهب، فكأنه لم ير للخمر قيمة، وقد قال ابن الماجشون في المسلم يستهلك الخمر للنصراني إنه لا قيمة عليه، فإذا دفعها بطوعه فأحرى أن لا تكون لها قيمة، وقيل يأخذ [بقيمة[310]] الخمر والخنزير، وهو قول ابن عبد الحكم، وهو أشبه على مذهب ابن القاسم؛ لأن ذلك مما يضمن للنصراني فأشبه شراء الشقص بعرض. انتهى. ونقله ابن عرفة وغيره.

فرع: وما بيع بعين فدفع عنه عرض، وعكسه في الشفعة فيه بما دفع أو بما عقد به، ثالثها هذا أحب. الشيخ عن محمد عن عبد الملك مع ابن عبدوس عن سحنون ونقل محمد وقوله، ورابعها لابن عبد الحكم بما عقد عليه، إلا أن يدفع ذهبا عن ورق وعكسه فيما دفع كالمرابحة، وخامسها لابن عبدوس عن سحنون بالأقل منهما. قلت: هو نحو قولها في المرابحة. انتهى من ابن عرفة.

فرع: قال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دار بعرض فاختلف المبتاع مع الشفيع في قيمته وقد فات بيد [البائع[311]] أو لم يفت فإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا اليوم، فإن كان مستهلكا صدق المبتاع مع يمينه في قيمته، فإن جاء بما لا يشبه صدق الشفيع فيما يشبه، فإن جاء بما لا يشبه وصفه المبتاع وحلف على صفته وأخذ الشفيع بقيمة تلك الصفة يوم الصفقة أو ترك، فإن نكل المبتاع حلف الشفيع على ما يصف هو وأخذه بقيمة [صفته.[312]] انتهى.

تنبيه: قول المؤلف: "بمثل الثمن" قال في التوضيح: فإن لم يجد مثل المثلي غرم قيمته. قاله مالك في المجموعة فيمن اشترى بعبد فلم يجده الشفيع. انتهى. وانظر كتاب الشفعة من النوادر.

ص: أو قيمته ش: أي قيمة الثمن إذا كان من المقومات.

فرع: وإنما ينظر إلى قيمته يوم الصفقة لا يوم القيام في ذلك. قاله في المدونة في كتاب الشفعة.

317 ص: وأجرة دلال وعقد شراء/ وفي المكس تردد ش:

تنبيه: قال في اللباب: إذا زاد المبتاع للبائع شيئا بعد البيع ففي لزوم ذلك للشفيع قولان لابن القاسم وأشهب، فإذا قلنا لا يلزم فقال المبتاع إنما زدته فرارا من الشفعة فإنه يحلف ويرجع. انتهى. ومذهب المدونة عدم اللزوم.

الحديث ....

---

309 *- في المطبوع وم114 في وما بين المعقوفين من يحيى146 وسيد53 والشيخ248.

310 *- في المطبوع والشيخ 248 وسيد53 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى146 وم114.

311 - في المطبوع المبتاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 316 وم114 ويحيى156 والشيخ249 ومايابى6.

312 *- في المطبوع وم114 صفقته وما بين المعقوفين من سيد53 والشيخ248 ويحيى146.

نص خليل

أَوْ قِيمَةِ الشِّقْصِ فِي كَخُلْعٍ وَصُلْحِ عَمْدٍ وَجِزَافِ نَقْدٍ وَبِمَا يَخُصُّهُ إِنْ صَاحَبَ غَيْرَهُ وَلَزِمَ الْمُشْتَرِيَ الْبَاقِي وَإِلَى أَجَلِهِ إِنْ أَيْسَرَ أَوْ ضَمِنَهُ مَلِيءٌ وَإِلاَّ عُجِّلَ الثَّمَنُ إِلاَّ أَنْ يَتَسَاوَيَا عُدْمًا عَلَى الْمُخْتَارِ وَلاَ يَجُوزُ إِحَالَةُ الْبَائِعِ بِهِ كَأَنْ أَخَذَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ مَالاً لِيَأْخُذَ وَيَرْبَحَ ثُمَّ لاَ أَخْذَ لَهُ أَوْ بَاعَ قَبْلَ أَخْذِهِ بِخِلاَفِ أَخْذِ مَالٍ بَعْدَهُ لِيُسْقِطَ كَشَجَرٍ وَبِنَاءٍ بِأَرْضٍ حُبُسٍ أَوْ مُعِيرٍ وَقَدَّمَ الْمُعِيرُ بِنُقْضِهِ أَوْ ثَمَنِهِ إِن مَّضَى مَا يُعَارُ لَهُ وَإِلاَّ فَقَائِمًا وَكَثَمَرَةٍ وَمَقْثَاةٍ وَبَاذَنْجَانٍ وَلَوْ مُفْرَدَةً إِلاَّ أَنْ تَيْبَسَ وَحُطَّ حِصَّتُهَا إِنْ أَزْهَتْ أَوْ أُبِرَتْ وَفِيهَا أَخْذُهَا مَا لَمْ تَيْبَسْ أَوْ تُجَدَّ وَهَلْ هُوَ خِلاَفٌ تَأْوِيلاَنِ وَإِنِ اشْتَرَى أَصْلَهَا فَقَطْ أَخَذَتْ وَإِنْ أُبِّرَتْ وَرَجَعَ بِالْمُؤْنَةِ وَكَبِئْرٍ لَّمْ تُقْسَمْ أَرْضُهَا.

متن الحطاب

[مسألة: [313]] من اشترى شقصا فصالح أحد الشفعاء على تسليم شفعة في مغيب أشراكه ثم قدموا وأخذوا شفعتهم فلا رجوع على المصالح بشيء. قاله ابن رشد في نوازله. والله أعلم.

ص: **أو قيمة الشقص في كخلع** ش: قال في المدونة: ومن نكح أو صالح أو خالع على دم عمد على شقص ففيه الشفعة بقيمته؛ إذ لا ثمن معلوم [لعوضه[314]]. انتهى. قال ابن الحاجب: فقيمة الشقص يوم العقد. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: أبو عمران: من نكح على تفويض فدفع لزوجته شقصا قبل بنائه شفع فيه بقيمته اتفاقا فإن دفعه بعد بنائه شفع فيه بمهر المثل اتفاقا فيهما. انتهى. والشقص بكسر الشين المعجمة هو النصيب. نقله في التوضيح عن عياض وغيره.

ص: **وصلح عمد** ش: احترز بالعمد من الخطأ ففيه الشفعة بالدية، فإن كانت العاقلة أهل إبل أخذه بقيمة الإبل، وإن كانت أهل ذهب وورق أخذه بذهب وورق ينجم على الشفيع [كالتنجيم[315]] على العاقلة. قاله في المدونة.

ص: **وإلى أجله إن أيسر** ش: تصوره واضح.

فرع: فلو لم يقم الشفيع إلا بعد حلول الأجل فهل يضرب له أجل مثل الأجل الذي مضى [أو يأخذ[316]] بالنقد؟ قولان لأصحابنا، رجح ابن رشد وغيره الأول. قاله في التوضيح./ 318

ص: **أو باع قبل أخذه** ش: يعني أن الشفيع لا يجوز له أن يبيع الشقص الذي يأخذه بالشفعة قبل أخذه، وقاله في المدونة.

ص: **كشجر وبناء بأرض حبس أو معير** ش: يعني أن الشفعة كما تكون في العقار تكون في الشجر والبناء الكائنين بأرض حبس أو بأرض عارية.

ص: **وقدم المعير بنقضه أو ثمنه** ش: أي بالأقل من قيمة نقضه أو الثمن الذي باعه [به[317]] كما قال في المدونة، وإذا بنى رجلان في عرصة رجل بإذنه ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب

الحديث

....

---

[313] *- في المطبوع فرع وما بين المعقوفين من م114 وسيد53 والشيخ248 ويحيى146.

[314] - في المطبوع بعوضه وما بين المعقوفين من الشيخ248 وم114.

[315] *- في المطبوع كالتنجم وما بين المعقوفين من م114 وسيد53 والشيخ248 ويحيى146.

[316] - في المطبوع ويأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 317 وم115 ويحيى156 ومايابى7.

[317] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 318 ويحيى156 وم115 ومايابى7.

نص خليل

وَإِلاَّ فَلاَ وَأُوِّلَتْ أَيْضًا بِالْمُتَّحِدَةِ لاَ عَرْضٍ وَكِتَابَةٍ وَدَيْنٍ وَعُلْوٍ عَلَى سُفْلٍ وَعَكْسِهِ وَزَرْعٍ وَلَوْ بِأَرْضِهِ وَبَقْلٍ وَعَرْصَةٍ وَمَمَرٍّ قُسِمَ مَتْبُوعُهُ وَحَيَوَانٍ إِلاَّ فِي كَحَائِطٍ وَإِرْثٍ وَهِبَةٍ.

متن الحطاب

319 الأرض أخذ ذلك/ النقض بالأقل من قيمته أو من الثمن الذي باعه [به.[318]] انتهى. وهذا في العارية المطلقة، وأما المقيدة بمدة فقال ابن راشد: إذا باع قبل انقضائها على البقاء فللشريك الشفعة ولا كلام لرب الأرض، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض. نقله في التوضيح. قال: وينبغي أن يتفق في الأحكار التي عندنا بمصر أن تجب الشفعة في البناء القائم فيها؛ لأن العادة عندنا أن رب الأرض لا يخرج صاحب البناء أصلا فكان كمالك الأرض، وقاله شيخنا. انتهى.

[ص: [وإلا فلا[319]] ش: أي [إن[320]] لم يمض ما يعار إلى مثله فبقيمته قائما أو ثمنه كما نبه عليه ابن غازي.[321]]

320 ص: **وعرصة وممر** ش: قال اللخمي [في تبصرته:[322]] إذا كانت دار بين/أشراك اقتسموا [بيوتها[323]] دون مالها من حق في ساحة وبئر وماجل وطريق، ثم باع أحدهم ما صار له من البيوت بجميع حقوقه مما لم يقسم لم يستشفع ما قسم بالشرك فيما لم يقسم، ولا يستشفع الساحة والبئر والماجل والطريق لأجل بقاء الشركة فيها لأنها من منفعة ما قسم ومصلحته، وإن باع نصيبه من البئر والماجل خاصة كان للشركاء أن يردوا بيعه إذا كان البائع يتصرف إلى البيوت لأن في ذلك زيادة مضرة، وإن كان قد أسقط حقه في تصرفه من عندهم وجمع بيوتهم إلى حق آخر وفتح لها من دار أخرى فإن كان بيعه من أهل الدار جاز، وكان لبقية الورثة الشركاء الشفعة على أحد القولين في وجوب الشفعة فيما لم يقسم، وإن كان بيعه من غير أهل تلك الدار كان لهم أن يردوا بيعه؛ لأن ضرر الساكن أخف من ضرر من ليس بساكن، ولهم أن يجيزوا بيعه ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا. قال أبو الحسن بن القصار: اختلفت الرواية عن مالك في وجوب الشفعة فيما لا ينقسم مثل الحمام والبئر والطريق والأرحية، ولم يبين كيف كان صفة البيع وموضع الفقه فيه ما تقدم ذكره. انتهى بلفظه. ونقله ابن عرفة، وقبله والجزولي والشيخ يوسف بن عمر، وزاد بعد قوله ويأخذوا بالشفعة إن أحبوا على القول بأن الشفعة فيما [لم ينقسم.[324]]

فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: وقال في النوادر ومن المجموعة وكتاب محمد قال ابن القاسم قال مالك: إذا قسمت البيوت وبقيت العرصة فلأحدهم بيع نصيبه من البيوت والعرصة ولا شفعة لشريكه في العرصة بها ولا فيها. قال أشهب: وليس لأحدهم بيع حصته من العرصة خاصة [إلا نصيبه[325]]

الحديث ....

---

[318] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم115 والشيخ250 ومايابى7.

[319] *– في ذي ص319 وسيد53 والشيخ249 ويحيى146 وإلا فقائما.

[320] *– في يحيى146 وسيد53 والشيخ249 وإن.

[321] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 ويحيى156 والشيخ250 ومايابى7.

[322] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 319 وم115 ويحيى156 والشيخ250 ومايابى7.

[323] – في المطبوع بيوته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم115 ويحيى156 والشيخ250 ومايابى7.

[324] – في المطبوع لا ينقسم وسيد عبد الله53 ويحيى147 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 320 وم115 والشيخ250 ومايابى7 ويحيى157.

[325] – في م127 لا نصيبه وكذلك في يحيى147.

نص خليل
بِلاَ ثَوَابٍ وَإِلاَّ فَبِهِ بَعْدَهُ وَخِيَارٍ إِلاَّ بَعْدَ مُضِيِّهِ وَوَجَبَتْ لِمُشْتَرِيهِ إِنْ بَاعَ نِصْفَيْنِ خِيَارًا ثُمَّ بَتْلاً فَأَمْضَى وَبَيْعٍ فَاسِدٍ إِلاَّ أَنْ يَفُوتَ فَبِالْقِيمَةِ إِلاَّ بِبَيْعٍ صَحَّ فَبِالثَّمَنِ فِيهِ وَتَنَازُعٍ فِي سَبْقِ مِلْكٍ إِلاَّ أَنْ يَنْكُلَ أَحَدُهُمَا وَسَقَطَتْ إِنْ قَاسَمَ أَوِ اشْتَرَى أَوْ سَاوَمَ أَوْ سَاقَى أَوِ اسْتَأْجَرَ أَوْ بَاعَ حِصَّتَهُ أَوْ سَكَتَ بِهَدْمٍ أَوْ بِنَاءٍ أَوْ شَهْرَيْنِ إِنْ حَضَرَ الْعَقْدَ.

متن الحطاب
من البيوت وإن كانت العرصة واسعة، إلا أن يجتمع ملؤهم على بيعها فيجوز، فإن أباه أحدهم فهو مردود لأنها بقيت مرفقا بينهم. انتهى. وكذلك لا شفعة في النهر ولا في [مسيل[326]] الماء. قال ابن عبد السلام: ولا يبعد تخريج الخلاف فيهما من الخلاف في النخلة الواحدة. [اهـ.[327]]

ص: وهبة بلا ثواب ش: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ومن وهب شقصا لغير ثواب فعوض فيه فقبل، فإن رأى أنه لصدقة أو لصلة رحم فلا شفعة فيه ومن عوض من صدقة وقال ظننت أنه يلزمني فليرجع في العوض إن كان قائما، وإن فات فلا شيء له، ومن وهب شقصا من دار لابنه الصغير على عوض جاز وفيه الشفعة، ولا تجوز محاباته في قبول الثواب ولا ما وهب أو تصدق أو أعتق من مال ابنه الصغير ويرد ذلك إلا أن يكون الأب موسرا. انتهى. أبو الحسن: قوله: ومن وهب شقصا من داره لابنه الصغير تقدير الكلام ومن وهب شقصا من دار ابنه. انتهى.

فرع: وهل تلزمه اليمين أنه بغير ثواب؟ قال في الكبير: لم يحلف إلا أن يكون متهما، وقال مطرف وابن الماجشون يحلف مطلقا. المتيطي: والقضاء [بالأول.[328]] انتهى.

321

ص: وخيار إلا بعد مضيه ش: قال ابن سهل في أحكامه إن/ سلمها في أيام الخيار في شقص بيع بالخيار بعرض أو غيره لم يلزمه، وهو على شفعته ويرد العرض، وإن رضيا بإمضاء ذلك العرض بعد تمام البيع لم يجز حتى يفسخاه ثم يستأنفا ما أحبا. انتهى.

ص: وسقطت إن قاسم الخ ش: قال الجزيري في وثائقه: وتبطل الشفعة مساومة الشفيع للمبتاع وطلبه المقاومة أو الكراء أو القسمة. انتهى. فظاهره أنه بإرادة ذلك تسقط الشفعة، وإنما تسقط هذه الأشياء إذا فعلها الشفيع [مع المشتري[329]] كما صرح به في النوادر، وذكره المصنف، وانظر أبا الحسن الصغير.

ص: أو باع حصته ش: يعني أن الشفيع إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه لأنه لم يبق له حصة في العقار المشترك ويصير للمشتري الأول الشفعة على المشتري الثاني، هذا إذا باع جميع حصته، وهذا هو الجاري على مذهب المدونة؛ إذ قال فيها: ومن ابتاع شقصا بالخيار وله شفيع فباع الشفيع شقصه قبل تمام الخيار بيع بتل، فإن تم بيع الخيار فالشفعة للمبتاع، وإن رد فهو لبائعه. انتهى. وهذه المسألة الأخيرة تقدمت في كلام المصنف، وظاهر كلام المصنف إذا باع حصته قبل أخذه بالشفعة سقط أخذه، سواء كان عالما بالبيع أم لا، وفي المسألة خلاف. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وفي بيع الحصة المستشفع بها قولان. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن القاسم التفرقة

الحديث
....

326 – في المطبوع سبيل وما بين المعقوفين من يحيى والشيخ249.
327 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 320 وم115 ويحيى157 والشيخ250 ومايابى7.
328 – في المطبوع بالأولى وما بين المعقوفين من ن ذي ص320 وم115 ويحيى147 وسيد53 والشيخ249.
329 *- في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد53.

نص خليل وَإِلاَّ سَنَةً كَإِنْ عَلِمَ فَغَابَ إِلاَّ أَنْ يَظُنَّ الأَوْبَةَ قَبْلَهَا فَعِيقَ وَحَلَفَ إِنْ بَعُدَ.

متن الحطاب بين أن يبيعه غير عالم فالشفعة، وبين أن يبيعه عالما فلا شفعة له، وفي البيان: ظاهر ما في المدونة أنه لا شفعة له إذا باع نصيبه وإن باع غير عالم؛ لأنه قال فيمن باع شقصا بالخيار ثم باع صاحبه بيع بتل أن الشفعة لمشتري الخيار على مشتري البتل، وليست التفرقة بين أن يعلم أم لا لابن القاسم في سماع عيسى قال: وقال أشهب: وأحب إلي أن لا شفعة له بعد بيع نصيبه أو بعضه لأنه إنما باع راغبا في البيع، وإنما الشفعة للضرر فلم تكن له شفعة فهو قول رابع، ونص ابن ميسر على أنه إذا باع لا شفعة له إلا أن [تبقى[330]] له بقية. قال في البيان: وقوله: "إلا أن يبقى له بقية" يحتمل وله الشفعة بقدرها كأحد قولي مالك، وظاهر المدونة ويحتمل فله أخذ الجميع فيكون قولا خامسا. قال: وأظهر هذه الأقوال الفرق بين أن يبيع عالما وغير عالم، وقال اللخمي: اختلف بعد القول إن الشفعة تسقط إذا باع بعض نصيبه هل يسقط من الشفعة بقدر ما باع والذي أرى أن يستشفع الجميع؛ لأن الشفعة تجب بالجزء اليسير في الكثير [المبيع.[331]] انتهى.

ص: وإلا سنة ش: تصوره ظاهر.

مسألة: مَن ابتاع شقصا وله شفعاء فيهم أقرب وأبعد فليس للأبعد أن يأخذ بالشفعة حتى يوقف الأقرب فإما أخذ أو ترك، فإذا قال أنا آخذ ولم يحضر نقده أجل اليومين والثلاثة، فإن لم يأت بالمال لم يكن له شفعة/ ووجبت لمن بعده وإن لم يقم واحد من الشفعاء لا الأقرب ولا الأبعد حتى مضى أمد انقطاعها على الاختلاف في ذلك بطلت شفعتهم جميعا القريب والبعيد، ولا حجة للبعيد في أن يقول إنما سكت لأنه كان أمامي من هو أحق بالشفعة مني، فلما رأيت الأمد قد تم له حينئذ طلبتها أنا لأن سكوته على أن يقوم بشفعته، فيأخذها إن كان الأقرب غائبا أو يوقف على الأخذ والترك إن كان حاضرا [مسقط[332]] لحقه فيها. انتهى مختصرا من نوازل ابن رشد. والله أعلم. 322

ص: وحلف إن بعد ش: هذا راجع لقوله: "وإلا سنة"، والمعنى إذا قلنا إن الشفعة للحاضر في السنة فإنه يحلف إذا كان قيامه بعيدا من العقد، وحد البعد في ذلك السبعة الأشهر وما بعدها. قال في التوضيح: وهل يحلف إذا لم تسقط شفعته في السنة، نقل في الكافي عن مالك أنه إن قام عند رأس السنة فلا يحلف، وروي عنه أنه يحلف ولو قام بعد جمعة. وفي المدونة: ولم ير مالك السبعة الأشهر ولا السنة كثيرا أي قاطعا لحقه في الشفعة إلا أنه إن تباعد هكذا يحلف ما كان وقوفه تركا للشفعة، وفي الموازية عن مالك يحلف في سبعة أشهر أو خمسة لا شهرين؛ ابن العطار وابن الهندي وغيرهما من الموثقين وظاهر المدونة أنه لا يحلف في السبعة الأشهر، وحمل ابن رشد المدونة على أنه يحلف في السبعة. انتهى. وإذا قلنا إن الحاضر إذا قام بعد البعد في السنة يحلف فمن باب أولى إذا علم وغاب وكان يظن الأوبة قبل السنة فعيق وقلنا إن له الشفعة بعد السنة أنه يحلف أنه لم يكن مسقطا للشفعة، ولا يصح أن يكون قوله: "وحلف" راجعا إلى قوله: "إلا أن يظن الأوبة قبلها فعيق" لأنه يصير قوله بعده إن بعد لا معنى له فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[330] – في المطبوع يبقى وما بين المعقوفين من م115 ويحيى والشيخ250.
[331] – في المطبوع البيع وما بين المعقوفين من ن ذي ص321 ويحيى147 والشيخ250.
[332] – في المطبوع سقط وما بين المعقوفين من نوازل ابن رشد ج3 ص1467.

نص خليل

وَصُدِّقَ إِنْ أَنْكَرَ عِلْمَهُ لاَ إِنْ غَابَ أَوَّلا أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثمَنِ وَحَلَفَ أَوْ فِي الْمُشْتَرَى أوِ الْمُشْتَرِي أوِ انْفِرَادِهِ.

متن الحطاب

ص: **وصدق إن أنكر علمه** ش: يعني أن الشفيع الحاضر إذا أنكر علمه فإنه يصدق ولا تسقط شفعته، وهل تلزمه اليمين؟ قال في الواضحة: لو أنكر الشفيع العلم وهو حاضر فنقل أبو الحسن عن ابن القاسم وأشهب أنه يصدق وإن طال لأن الأصل عدم العلم. المتيطي: وهو ظاهر المذهب، وقاله غير واحد من الموثقين ويحلف على ذلك، وقال محمد بن عبد الحكم وابن المواز يصدق ولو بعد أربعة أعوام. ابن المواز: وإن الأربعة كثيرة ولا يصدق في أكثر منها.

فرع: قال أبو الحسن: ولو علم بالشراء وادعى جهل الشفعة قال لا يصدق. قال ابن كوثر: وإن كانت امرأة فلا تعذر بالجهل. انتهى. ونقله ابن رشد.

ص: **لا إن غاب أولا** ش: قال في المدونة: قال مالك: والغائب [على[333]] شفعته وإن طالت غيبته وهو عالم بالشراء، فإن لم يعلم فذلك أحرى ولو كان حاضرا. قال ابن يونس: قال ابن المواز: وقاله مالك وأصحابه، وقد روى أشهب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {ينتظر إن كان غائبا[1]}. قال أشهب: وقضى عمر بن عبد العزيز بالشفعة للغائب بعد أربع سنين. قال مالك: إلا أن يقوم بعد طول الزمان مما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فأرى الشفعة منقطعة فأما في قرب الأمد مما يرى أن المبتاع أخفى الثمن لقطع الشفعة فلتقوم الأرض على ما يرى من ثمنها يوم البيع فيأخذها بها.انتهى. وقال الرجراجي في قول المدونة: "وإن طالت غيبته إلا أن يطول الزمان جدا" فيما يجهل في مثله أصل البيع ويموت الشهود فإن ذلك يقطع/ شفعته، وهو قول مالك في كتاب محمد. انتهى. 323

وانظر سماع ابن القاسم من كتاب الشفعة، وقال في النوادر من كتاب محمد وهو في العتبية من سماع ابن القاسم: وإذا قال المبتاع نسيت الثمن فإن مضى [من طول[334]] السنين ما يندرس فيه العلم وتموت البينة وترتفع فيها التهمة فالشفعة ساقطة، وكذلك إن كان صغيرا أو غائبا، وأما إن كان على غير ذلك فالشفعة قائمة بقيمة الشقص.

قال ابن عبدوس: قال ابن الماجشون: إذا جاء الشفيع إلى ولد المبتاع بعد طول الزمان فيحلف [الولد[335]] ما عنده علم ذلك ثم يأخذ بالقيمة، وكذلك لو كان المبتاع حيا [وقال[336]] لا أدري بكم اشتريت فيحلف فإن نكل أخذه الشفيع إن شاء، وقيل للمبتاع متى أحببت حقك فخذه، وإن حلفت فلك قيمته يوم أسلمته إلى الشفيع، وإن قال الشفيع لا أقبضه لعل ثمنه كثير فلا بد أن يحلف المبتاع ما يعلمه أو يسجن، وقال غيره إذا اختلفوا في الثمن فجاء المشتري بما لا يشبه، أو جهلوا الثمن استشفعه بقيمته يوم ابتاعه. انتهى. وقال اللخمي: اختلف إذا قال المشتري نسيت الثمن وطال السنون مما ينسى فيه الثمن أو مات المشتري وقال الورثة لا علم عندنا وكان الشفيع غائبا أو صغيرا فقال ابن القاسم في كتاب محمد: ونقل كلام النوادر المتقدم برمته

الحديث

1- الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا. أبو داود في سننه، كتاب البيوع، رقم الحديث3518.

- الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبا إذا كان طريقهما واحدا. الترمذي بشرحه العارضة، كتاب الأحكام، رقم الحديث1374.

---

333 – في المطبوع في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 322 ويحيى158 والشيخ252 وم116 ومايابى9.

334 – في المطبوع طول من وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص323 ويحيى148 والشيخ251 وم116.

335 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى158 والشيخ252 وم116 ومايابى9.

336 *– الواو ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى148 والشيخ251 وم116.

نص خليل ....

متن الحطاب ولفظه: وزاد بعده فأسقط ابن القاسم الشفعة إن طال السنون وأثبتها عبد الملك بالقيمة ولم يبين هل القيمة يوم البيع أو اليوم؟ والقول أن لا شفعة أحسن؛ لأن الشفعة كانت لتغليب أحد الضررين أن يعود إلى هذا ثمنه [وينتفع[337]] الآخر بدفع مضرة الشريك، وإذا جهل الثمن وأمكن أن يؤخذ بأقل مما كان به، وذلك ظلم على المشتري لم يؤخذ منه. انتهى. قال في المسائل الملقوطة: ومما يسقط الشفعة أن ينسيا الثمن أو يجهلاه وأن يموت الشهود قال: وفي ذلك خلاف. انتهى بالمعنى. وقال الجزيري في وثائقه: وبجهله الثمن مع طول الزمان وموت الشهود يسقط الشفعة وإن قرب واتهم [المبتاع[338]] بإخفاء الثمن شفع بقيمة الشقص. انتهى.

تنبيه: علم من كلام ابن يونس والنوادر أنه إذا تجاهل المشتري الثمن في الأمد القريب أنه يؤخذ الشقص بقيمته، إلا [أنه[339]] في النوادر لم يقل يوم البيع، وصرح بذلك ابن يونس، وصرح بذلك ابن بطال في مقنعه فقال: يأخذه بقيمته يوم ابتاعه المبتاع. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة: وإن كانت الدار بغير البلد الذي هما فيه فهو كالحاضر مع الدار فيما تنقطع فيه الشفعة، ولا حجة للشفيع أنه لا ينقد حتى يقبضها لجواز النقد في الربع الغائب. انتهى. قال أبو الحسن: قال ابن يونس: قال ابن المواز: وكذلك لو كانا حاضرين بموضع الشقص ثم سافرا جميعا في موضع أو في مدينة والشفيع عالم بوجوب الشفعة فهو كالحاضر، وإنما ينظر إلى حضور الشفيع مع المشتري ولا ينظر إلى غيبة الدار. انتهى.

فرع: قال فيها أيضا: ويقضى للشفيع بالشفعة في غيبة المبتاع كالقضاء عليه ويكون على حجته. انتهى. قال أبو الحسن: هذا إذا رفع الشفيع إلى القاضي، وهل تسقط إذا لم يرفع، أو لا تسقط؟ ابن يونس: لو أراد الشفيع أن يأخذ شفعته والمبتاع غائب ولا وكيل له حاضر فذلك له، ويوكل السلطان من يقبض الثمن للغائب، قيل: [وإذا[340]] كان ذلك له يقضى له به فكيف لا يقطع عنه الشفعة إذا طال زمان ذلك قبل أخذه؟ [قال:[341]] لموضع العذر في استثقال اختلاف الناس إلى القضاة، وربما ترك المرء حقه إلا بالسلطان. انتهى. وذكر ابن سهل مسألة القضاء على الغائب في الشفعة [وأطال[342]] فيها في مسائل الأقضية، وقال فيها: إن كان للغائب وكيل يقبض ما يجب قبضه أسلم إليه الثمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ومن اشترى شقصا من دار لرجل غائب كان للشفيع أن يأخذ بالشفعة. قال أبو الحسن: تقديره ومن اشترى لرجل غائب شقصا.

الحديث ....

337 *- في المطبوع ويشفع وما بين المعقوفين من يحيى148 والشيخ251.

338 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى158 والشيخ252 وم116 ومايابى10.

339 *- في المطبوع أن وما بين المعقوفين من يحيى148 والشيخ251 وم116 ومايابى10.

340 - في المطبوع وإن ويحيى148 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 والشيخ253 ومايابى10.

341 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى158 ومايابى10.

342 - في المطبوع وإن طال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 323 ويحيى158 والشيخ253 وم116 ومايابى10.

نص خليل أَوْ أَسْقَطَ وَصِيٌّ أَوْ أَبٌ بِلاَ نَظَرٍ وَشَفَعَ لِنَفْسِهِ أَوْ لِيَتِيمٍ آخَرَ.

متن الحطاب 324

فرع: قال ابن ناجي في شرح المدونة: وهذا في الغيبة البعيدة، وأما ما قرب ولا مؤنة في الشخوص منه على الشفيع فهو فيه/ كالحاضر، ونص عليه أشهب. انتهى. واختلف في المريض فقيل إنه كالغائب ولو علم بالشفعة، وقيل كالحاضر نقلهما ابن ناجي وغيره.

ص: أو أسقط أب أو وصي بلا نظر ش: ظاهر المدونة أن الشفعة تسقط ولو كان غير نظر قال فيها: ولو [سلم[343]] من ذكرنا من أب أو وصي أو سلطان شفعة الصبي لزمه ذلك ولا قيام له إن كبر. انتهى. قال أبو الحسن: قال في الوثائق المجموعة: إلا أن يكون الأخذ نظرا فيكون له الأخذ، وظاهر الكتاب سواء كان الأخذ نظرا أم لا، وبه قال أبو عمران، وسبب الخلاف هل الشفعة استحقاق، أو بمنزلة الشراء؟.انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولو كان له أب فلم يأخذ له شفعة ولم يترك حتى بلغ الصبي، وقد مضى لذلك عشر سنين فلا شفعة للصبي لأن والده بمنزلته. قال أبو الحسن: قال أبو محمد: وقد قيل غير هذا، وهذا [أحسن،[344]] وحكى ابن أبي زمنين في سكوت الوصي قولين، الشيخ: ومقدم القاضي أحرى أن يدخله الخلاف، وقال ابن المواز: سكوت القاضي ومقدم القاضي سنة يسقط شفعة الصبي. انظر بقية كلام أبي الحسن.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: ولا يأخذ الوصي للحمل بالشفعة حتى يولد ويستهل. والله أعلم.

ص: وشفع لنفسه أو ليتيم آخر ش: يعني [أن الأب أو الوصي[345]] إذا باع [شقص[346]] من [في[347]] ولايته فإن له أن يأخذ بالشفعة لنفسه إن كان شريكه أو يأخذ ليتيم آخر في حجره يشاركه فيه. قال في المدونة: ومن وكل رجلا يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته. انتهى. أبو الحسن: فعلى ما في الكتاب إذا باع الأب شقص ابنه من دار بينهما أن له الشفعة، وكذلك الوصي، ونص عليه اللخمي فقال: إذا كانت دار بين رجل وولده فباع الأب نصيب نفسه كان له أن يستشفع نصيبه لولده، وإن باع نصيب ولده كان له أن يستشفع لنفسه، وكذلك الوصي يكون شريكا لمن يلي عليه إن باع نصيب نفسه كان له أن يستشفع [لمن يلي عليه، وإن باع نصيب من يلي عليه كان له أن يستشفع[348]] لنفسه إلا أن ذلك بعد أن يرفع إلى السلطان لما يتعلق بذلك من التهمة أن يبيع نصيب الصغير ببخس ليستشفع أو يواطىء على بيع نصيبه بغلاء ليأخذه له، فإن فعل وأخذ من غير مطالعة السلطان رفع إليه، فإن رآه سدادا أمضاه، وإن وجد تهمة

الحديث ....

---

343 – في المطبوع أسلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 وم116 ويحيى159 والشيخ253 ومايابى10.
344 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ253 وم116 ومايابى10.
345 – في المطبوع أن الوصي أو الاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ253 ومايابى10.
346 – في المطبوع شقصا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ253 ومايابى10.
347 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ253 ومايابى10.
348 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ253 ومايابى10.

نص خليل أَوْ أَنْكَرَ الْمُشْتَرِي الشِّرَاءَ وَحَلَفَ وَأَقَرَّ بِهِ بَائِعُهُ وَهْيَ عَلَى الأَنْصِبَاءِ.

متن الحطاب رده، والأب والوصي في ذلك سواء. صح من اللخمي. وقال ابن زرب: أربعة بيعهم إسقاط لشفعتهم؛ الأب يبيع حصة ابنه الصغير من دار شركة بينهما، والوصي يبيع حصة محجوره، وأحد المتفاوضين، والوكيل على بيع شقص هو شفيعه، فهؤلاء لا شفعة لهم لأن البيع تسليم بخلاف الشراء، وقيل في الوكيل له الشفعة انظر الخصال، وما حكاه ابن زرب خلاف للكتاب إلا في أحد المتفاوضين؛ لأنه قال فيما سيأتي ليس لأحد المتفاوضين فيما باع الآخر شفعة. انتهى. وقال في التوضيح: للوصي على يتيمين إذا باع نصيب أحدهما أن يأخذ بالشفعة ليتيمه الآخر أو لنفسه [إن[349]] كان شريكا لكن يدخل معه نظر القاضي إن أخذه لنفسه؛ إذ يتهم أن يبيع نصيب يتيمه بثمن بخس ليأخذه بالشفعة، وكذلك إن باع نصيب نفسه وأراد أخذه ليتيمه فلا بد من نظر القاضي، وقد تقدم في أي موضع يباع عقار اليتيم فلا بد من مراعاة ذلك هنا، ولا بد أن يكون الشقص [المباع[350]] لليتيم لا يقل ثمنه إذا بيع منفردا عما لو بيع الجميع، وأما لو كان وهو الغالب إذا بيع الجميع كان ذلك أوفر لنصيب اليتيم يباع الجميع. انتهى.

تنبيه: استفيد من كلام المدونة أن [من[351]] وكل [وكيلا[352]] يبيع له شقصا أو يشتريه والوكيل شفيعه ففعل لم يقطع ذلك شفعته. والله أعلم.

ص: **أو أنكر المشتري الشراء وحلف وأقر به بائعه** ش: هذه مسألة المدونة.

325 قال في كتاب الشفعة: وإذا أنكر المشتري/ الشراء وادعاه البائع فتحالفا وتفاسخا فليس للشفيع أن يأخذ بالشفعة بإقرار البائع لأن عهدته على المشتري، فإذا لم يثبت [المشتري الشراء[353]] فلا شفعة للشفيع .انتهى.

فرع: قال في المدونة في كتاب الشفعة: وإن أقر رجل أنه ابتاع هذا الشقص من فلان الغائب فقام الشفيع فلا يقضى له بالشفعة بإقرار هذا حتى يقيم بينة على الشراء؛ لأن الغائب إذا قدم وأنكر البيع [فله[354]] أن يأخذ داره ويرجع على مدعي الشراء بكراء ما سكن، فإذا قضى بهذا قاض للشفيع بإقرار هذا لم يرجع عليه الغائب بذلك ولا على مدعي الشراء، فيبطل [حق[355]] الغائب من الغلة بلا بينة. انتهى وانظر أبا الحسن.

ص: **وهي على الأنصباء** ش: هذه مسألة المدونة أول كتاب الشفعة.

فرع: قال في الجواهر: إذا باع بعض حصته لم يأخذ مع الشريك بالشفعة لأن بيعه رغبة في البيع وإنما الشفعة للضرر، وكذلك لو باع السلطان بعض نصيبه في دين وهو غائب ثم قدم لأن يده كيده قال أبو محمد: لو باع شقصه ثم باعه المشتري له الشفعة لأنه بيع ثان فلعله يرضى بالمشتري الأول دون

الحديث

---

[349] *- في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م117 وسيد53 ومايابى11 ويحيى149 والشيخ253.

[350] *- علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب المبيع.

[351] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 ويحيى159 والشيخ254 ومايابى11.

[352] - في المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 324 والشيخ254 ومايابى11.

[353] *- في المطبوع المشتري على الشراء وما بين المعقوفين من م117 ومايابى11 ويحيى149 وسيد53 والشيخ253.

[354] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من التهذيب، ج4 ص166.

[355] - في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى159 والشيخ254 ومايابى11.

نص خليل وَتُرِكَ لِلشَّرِيكِ حِصَّتُهُ وَطُولِبَ بِالأَخْذِ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ لاَ قَبْلَهُ.

متن الحطاب الثاني. انتهى من الذخيرة. والله أعلم. وتقدم كلام التوضيح فيما إذا باع بعض حصته عند قوله: "أو باع حصته".

ص: **وترك للشفيع حصته** ش: انظر المدونة في كتاب الشفعة وابن عرفة.

ص: **وطولب بالأخذ بعد اشترائه لا قبله** ش: يعني أن الشفيع يطالب بالأخذ بالشفعة أو ترك الأخذ بها بعد اشتراء المشتري للشقص لا قبله والمطالب له بذلك المشتري لما يلحقه من الضرر في تأخيره عدم الأخذ.

تنبيه: علم من هذا أنه لا يمنع المشتري أن يشتري دون إعلام الشفيع ولا [البائع[356]] أن يبيع دون علمه، وهو كذلك لكنه مكروه. قال القرطبي في شرح مسلم في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {من كان له شريك في ربع أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك[1]} وفي رواية: {لا يحل أن يبيع حتى يؤذن شريكه[2]}: هو محمول على الإرشاد إلى [الأولى[357]] بدليل قوله: فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به، ولو كان في ذلك على التحريم لزم البائع ويفسخ البيع لكنه أجازه وصححه ولم يذم الفاعل، فدل على ما قلناه، وقد قال بعض شيوخنا إن ذلك يجب عليه. انتهى. وكذلك قال النووي هو محمول عند أصحابنا على الندب إلى إعلامه، وكراهة بيعه قبل إعلامه كراهة تنزيه وليس بتحريم، ويتأولون الحديث على هذا، ويصدق على المكروه أنه ليس بحلال، ويكون الحلال بمعنى المباح وهو المستوي الطرفين، والمكروه ليس بمستوى الطرفين بل هو راجح الترك. انتهى. وقال سند في باب إحرام من يولّى عليه: للعبد أن يحرم، وللسيد أن يرضى أو يمنع، وللشريك أن يبيع، وللشفيع أن يطرد المبتاع.انتهى.

تنبيه: وأما بعد الشراء فقال القرطبي: هي حق للشريك على المشتري فيجب عليه أن يشفعه، ولا يحل له الامتناع من ذلك. انتهى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الجهاد فيمن وقع في سهمه أمة من المغنم أو ابتاعها [وعلم[358]] أنها لمسلم فلا يطؤها حتى يعرضها عليه أقام ابن محرز من هذه المسألة [أن[359]] من اشترى شقصا فيه الشفعة وهو يعلم [أن له فيه شفيعا[360]] فلا يتصرف فيه حتى يعلم الشفيع، وهذا إذا لم يعلم الشفيع، وأما إن علم فلا معنى لتوقيفه. انتهى. وذكر ابن عرفة في كتاب الجهاد كلام ابن محرز، ونقل عن ابن بشير في المسألة قولين، ونقل عن ابن عبد السلام كلامه في ذلك فراجعه، وانظر كلام ابن سهل وعياض في التنبيهات وكلام ابن عبد السلام في باب الجهاد عند قول ابن الحاجب: "ومن صارت إليه جارية أو غيرها" في آخر الباب.

الحديث

1- من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1608، دار إحياء التراث العربي بيروت.

2- عن جابر قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به. مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث1608.

356 *- في المطبوع وم117 ومايابى11 للبائع وما بين المعقوفين من سيد53 ويحيى149 والشيخ253.

357 - في المطبوع الأول وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى159 والشيخ254 ومايابى11.

358 *- في المطبوع ويحيى149 أو علم وما بين المعقوفين من م117 وسيد53 ومايابى12 والشيخ253.

359 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 325 ويحيى159 والشيخ254 ومايابى12.

360 *- في المطبوع أن فيه شفعاء وما بين المعقوفين من سيد53 ومايابى12.

نص خليل

وَلَمْ يَلْزَمْهُ إِسْقَاطُهُ وَلَهُ نَقْضُ وَقْفٍ كَهِبَةٍ وَصَدَقَةٍ وَالثمَنُ لِمُعْطَاهُ إِنْ عَلِمَ شَفِيعُهُ لاَ إِنْ وَهَبَ دَارًا فَاسْتُحِقَّ نِصْفُهَا وَمُلِكَ بِحُكْمٍ أَوْ دَفْعِ ثَمَنٍ أَوْ إِشْهَادٍ وَاسْتُعْجِلَ إِنْ قَصَدَ ارْتِيَاءً أَوْ نَظَرًا لِلْمُشْتَرَى.

متن الحطاب

326 ص: ولم يلزمه إسقاطه / ش: قال في المدونة: ولو قال الشفيع للمبتاع قبل الشراء اشتر فقد أسلمت لك الشفعة وأشهد بذلك فله القيام بعد الشراء لأنه سلم ما لم يجب له، وإن سلم بعد الشراء على مال أخذه جاز، وإن كان قبل الشراء بطل ورد المال وكان على شفعته .انتهى.

ص: والثمن لمعطاه إن علم شفيعه ش: يعني إن علم أن له شفيعا ومفهومه إن لم يعلم فالثمن له.

قال ابن رشد في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: ومثله لو اشترى رجل جارية وتصدق بها على رجل ثم توفي المتصدق، واعترفت الجارية أنها حرة فأخذ الثمن من البائع فإنه لورثة المتصدق لا للمتصدق عليه، وشبههما بمسألة الشفعة فقال: وقد اختلف هل هو محمول على العلم، أو على عدم العلم؟ وفي الشفعة من المدونة دليل القولين جميعا. انتهى. والله أعلم.

ص: وملك بحكم أو دفع ثمن أو إشهاد ش: انظر كلام ابن غازي الذي أتى به هنا فإنه جيد، وقال ابن راشد في اللباب: ثم الآخذ إنما يتوجه له الأخذ عند وجود المقتضي وهو وجود الشرط والسبب وانتفاء المانع والسبب نفس البيع، ويشترط في كونه سببا خمسة شروط: أن يكون الشفيع مالكا للرقبة، وأن يخرجه البائع عن ملكه بمعاوضة من بيع ونحوه، وأن يكون البيع صحيحا إذ لا يشفع في الفاسد إلا بعد الفوات، وأن يكون لازما فلا شفعة في الخيار إلا بعد لزومه، وأن يكون الملك سابقا على البيع، فلو اشترى رجلان دارا صفقة واحدة فلا شفعة لأحدهما على الآخر، وأما الشروط فأربعة: الأول أن يشفع ليملك لا ليبيع.

الثاني بقاء الحصة التي يستشفع بها. الثالث معرفة الثمن فلو لم يعلمه فلا شفعة، وقد قال ابن القاسم في رجل تصدق على أخته بسهمه في أرض عوضا عما ذكره أنه أصاب من مورثها مما لا يعلم قدره لا شفعة فيه. الرابع أن يكون البيع ثابتا إما بالبينة أوبإقرار المتبايعين، ولو أنكر المبتاع وأقر البائع [ورد البيع بعد يمينه لم يكن للشفيع الأخذ بإقرار البائع، ولو أقر المبتاع وأنكر البائع[361]] والشقص بيده لم يكن له [الأخذ[362]] على المشهور، وأوجب ذلك أشهب، وأما المانع فهو التصريح بالإسقاط أو ما يقوم مقامه. انتهى باختصار. وفي المدونة من ابتاع شقصا بعبد بعينه فمات بيده فمصيبته من البائع، وللشفيع الشفعة بقيمة العبد، وعهدته على المبتاع لأن الشفعة وجبت له بعقد البيع. انتهى.

فرع: قال ابن سهل: تنازع بنو حفص في العرصة التي بينهم ودعت أميرة إلى القسم بعد أن أثبتت موت حفص ووراثته وملكه للعرصة، وأنه أورثها ورثته وادعت أن آمنة اشترت حصة أخيها عبد الحميد فطلبت الشفعة، وأنكر عبد الحميد وآمنة التبايع. قال ابن لبابة: على عبد الحميد اليمينُ أنه ما باع حصته من أخته آمنة فإذا حلف وجب القسم وسقطت دعوى الشفعة، وإن نكل لم تجب الشفعة حتى تحلف آمنة أنها لم تشتر، فإذا حلفت سقطت أيضا الشفعة بينهما، وإن نكلت مع نكول عبد

الحديث ....

---

361 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى160 والشيخ255 وم123 ومايابى12.

362 – في المطبوع الشقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 326 ويحيى160 والشيخ255 وم123 ومايابى12.

نص خليل

إلاَّ كَسَاعَةٍ وَلَزِمَ إنْ أَخَذَ وَعَرَفَ الثمَنَ فَبِيعَ لِلثَّمَنِ وَالْمُشْتَرِي إنْ سَلَّمَ فَإِنْ سَكَتَ فَلَهُ نَقْضُهُ وَإِنْ قَالَ أَنَا آخُذُ أُجِّلَ ثلاثا لِلنَّقْدِ وَإِلاَّ سَقَطَتْ وَإِنِ اتَّحَدَتِ الصَّفْقَةُ وَتَعَدَّدَتِ الْحِصَصُ وَالْبَائِعُ لَمْ تُبَعَّضْ كَتَعَدُّدِ الْمُشْتَرِي عَلَى الأَصَحِّ.

متن الحطاب

الحميد حلفت أميرة أنهما تبايعا بثمن كذا، فإذا حلفت وجبت لها الشفعة، وقال أيوب: لا يمين على عبد الحميد ولا على آمنة لأن المدعي البيع قال لعبد الحميد إنك قد بعت من آمنة فقال عبد الحميد لم أبع ولكن وهبت لله تعالى، وقالت آمنة لم أبتع ولم [أوهب[363]] فلا يمين على واحد منهما حتى يأتي بسبب بيع أو هبة فتجب اليمين، ولأن/ المدعى عليهما التبايع قد تنافيا وتناكرا ما ادعي عليهما فهذا أبعد في إيجاب اليمين، وقاله محمد بن الوليد ومحمد بن عمر بن لبابة وأحمد بن يحيى وعبد الله بن يحيى، قال القاضي: كذا وقع في الأصل بتكرار [اسم[364]] ابن لبابة فإن كان صحيحا فهو رجوع عن جوابه الأول، [وكذلك جوابه الأول[365]] خطأ، والصواب ما قاله أبو محمد صالح لأن المستشفع منه إذا أنكر الابتياع والهبة وانتفى من ملك الشقص المستشفع فيه سقط [مطلب[366]] الشفيع. انتهى.

327

وجواب ابن لبابة الأول واضح؛ إذ قد يكون لهما غرض في إنكار البيع كجعلهما حيلة تسقط بها الشفعة في رأي بعض القضاة فأنكر البيع ليستحكما حاكما يرى سقوط الشفعة بتلك الحيلة وطلب الشفيع أن يأخذ بالشفعة قبل ذلك عند حاكم لا يرى تلك الحيلة مسقطة، ولو خطر هذا لابن سهل لم يتوقف في لزوم اليمين، وإنما أنكر ذلك لعدم الاختلاف في بلادهم ووقتهم بدليل ما حكى بعدها، ونصه: يلزم وكيل ابن مالك وزوجته أن يأتي بشاهد ثان على توكيلهما إياه ويضرب له في ذلك أجل يومين، فإن جاء بالشاهد الثاني ضرب له أجل في إثبات الابتياع الذي طلب به الشفعة فإن ثبت ذلك وجبت الشفعة بعد الإعذار إلى البائع منهم، وإن لم يثبت البيع لزمه [قسمة[367]] الدار على عدد ورثة حفص بعد أن يحلف البائع والمشتري لما تبايعا، ولهما رد اليمين على زوجة ابن مالك. قاله ابن لبابة وأيوب بن سليمان ومحمد بن وليد. قال القاضي: ظاهر هذه المسألة أن جوابهم فيها خلاف جوابهم في التي قبلها، إلا إن كان عندهم فيها معنى لم يظهر في حكايتها أوجب هذا الجواب. انتهى. وقد حصل في هذه الأزمان هذا المعنى، ولا شك أنه موجب [لليمين[368]] فتأمله. والله أعلم.

ص: إلا كساعة ش: ينبغي أن يعود الاستثناء إلى قوله: أو [نظرا للمشتري[369]] فقط لا لقوله إن قصد ارتياء.

ص: وإن اتحدت الصفقة الخ ش: مفهوم قوله: "اتحدت الصفقة" أنها لو تعددت لكان خلاف ذلك وهو كذلك، وقال في المدونة: ومن اشترى حظ ثلاثة رجال من دار في ثلاث صفقات فللشفيع أن يأخذ

الحديث ....

---

363 *- في المطبوع ويحيى150 والشيخ255 أهب وما بين المعقوفين من م117 وسيد54 ومايابى13.

364 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 وم123 ويحيى160 والشيخ256 ومايابى13.

365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 327 ويحيى160 والشيخ256 وم123 ومايابى13.

366 - في المطبوع بطلب وما بين المعقوفين من ن عدود ص327 وسيد54 ومايابى13 والشيخ256 ويحيى150.

367 - في المطبوع قيمة وما بين المعقوفين من م118 والشيخ256.

368 *- في المطبوع اليمين وما بين المعقوفين من م118 وسيد54 ومايابى13 ويحيى150 والشيخ256.

369 - في المطبوع نظر المشتري وما بين المعقوفين من م118 والشيخ256.

نص خليل وَكَأَنْ أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ أَوْ غَابَ أَوْ أَرَادَهُ الْمُشْتَرِي وَلِمَنْ حَضَرَ حِصَّتُهُ.

متن الحطاب ذلك أو يأخذ أي صفقة شاء، فإن أخذ الأولى لم يشفع معه فيها المبتاع، وإن أخذ الثانية كان للمبتاع معه الشفعة بقدر صفقته الأولى فقط، وإن أخذ الثالثة خاصة شفع فيها بالأولى والثانية. انتهى. وقال ابن عرفة: وتعدد الصفقات يوجب انفراد كل صفقة بحكمها. انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفيع فقط فقال في المدونة: ومن ابتاع شقصا من دارين في صفقة وشفيع كل دار على حدة فأسلم أحدهما فللآخر أن يأخذ/ شفعته في التي هو شفيعها دون الأخرى. أبو الحسن: تعدد هنا 328 الشفيع والصفقة واحدة والبائع واحد والمبتاع واحد، وانظر لم يجعل للمبتاع حجة بتبعيض صفقته وظاهره وإن كان الشقص المأخوذ بالشفعة جل الصفقة، ولعله إنما جرى على القول بأن الشفعة ابتداء بيع. انتهى.

فرع: فلو تعدد الشفعاء مع تعدد البائع ففي النوادر قال ابن القاسم وأشهب من ابتاع حظا من دار من رجل وحظا من حائط من آخر وشفيعهما واحد فليس للشفيع إلا أخذ الجميع أو يترك الجميع ابن عبدوس: وقاله عبد الملك. محمد: وأنا أنكر أن يجمع الرجلان سلعتيهما في صفقة واحدة وليرد ذلك إن علم به المشتري ما لم يفت بحوالة سوق أو بيع، أو يأخذ بالشفعة فينفذ ويقسم الثمن على القيمة. قال أشهب متصلا بكلام عبد الملك: وكذا إن كان الشفعاء جماعة فليس لهم أن يأخذوا النخل دون غيرها، فإما أخذوا الجميع أو تركوا، فإن أخذوا الجميع على أن النخل لأحدهم وللآخر الدور فليس للمشتري أن يأبى ذلك، ولا حجة له، وليس بقياس وهو استحسان. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضا، ولا منافاة بين هذا وبين ما في المدونة؛ فإن في هذا تعدد الشفعاء واشتركوا في كل حصة. والله أعلم.

ص: **وكأن أسقط بعضهم أو غاب** ش: قال ابن الحاجب: وإذا اتحدت الصفقة وأسقط بعضهم أو غاب فليس إلا أخذ الجميع. ابن عبد السلام: وأما غيبة بعض الشفعاء فلا أعلم فيه خلافا، وأن الحكم ما قاله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب. انتهى. وأما في الإسقاط فما قال الشيخ هو المشهور، وقال أصبغ وابن حبيب إن كان تسليم أحد الشفعاء على وجه الهبة أو الصدقة فليس لمن أراد الأخذ إلا بقدر سهمه، وللمبتاع سهم من سلم، وإن كان على وجه الترك وكراهة الأخذ فللمتمسك أخذ جميعها، وفي مختصر الوقار ليس لمن لم يحز إلا مصابه. اللخمي: وهو أقيس الأقوال. قاله في التوضيح/ وهذا لفظه: وقال ابن عرفة بعد كلام الوقار: وحاصله أن نصيب التارك للمشتري مطلقا وابن حبيب خصص ذلك بكون الترك لوجه المشتري، وظاهر المدونة والعتبية أنه لمن بقي مطلقا، فالأقوال ثلاثة.

ص: **ولمن حضر حصته** ش: قال الشارح: أي فإن أخذ الشفيع الحاضر جميع الحصة، ثم قدم الغائب فله أن يدخل معه إن أحب، فيأخذ بقدر ما كان له من شفعته. انتهى. قال ابن غازي: أي ولمن صار حاضرا بعد الغيبة ولو قال ولمن قدم كان أبين. انتهى. وقال البساطي: يعني إن حضر واحد من الغيب بعد أن أخذ الحاضر الجميع فلمن حضر حصته إن أراد فيأخذ بقدر حصته. انتهى. وظاهر كلامهم وكلام المصنف إن كان الشفعاء الغيب جماعة وقدم واحد منهم فله أن يأخذ بقدر حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليس كذلك إنما له أن يأخذ نصف ما أخذه الحاضر إن ساوت حصته

الحديث ....

نص خليل وَهَلِ الْعُهْدَةُ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي أَوْ عَلَى الْمُشْتَرِي فَقَطْ كَغَيْرِهِ وَلَوْ أَقَالَهُ الْبَائِعُ إِلاَّ أَنْ يُسَلِّمَ قَبْلَهَا تَأْوِيلاَنِ وَقُدِّمَ مُشَارِكُهُ فِي السَّهْمِ وَإِنْ كَأُخْتٍ لأَبٍ أَخَذَتْ سُدُسًا وَدَخَلَ عَلَى غَيْرِهِ.

متن الحطاب حصة الحاضر، وإلا فعلى قدر حصصهما؛ كأنه ليس لهما شريك غائب. قال في المنتقى: وإن كان أشراكه غيبا لم يكن للشفيع أن يأخذ حصته دون حصة أشراكه الغيب حتى يقدموا وليأخذ الآن الكل أو يترك فإن ترك فلا حق له مع أصحابه إذا قدموا وأخذوا بالشفعة فإذا قدم واحد ممن غاب قيل له خذ الجميع أو اترك الجميع، فمن قدم دخل معه في الشفعة إن أراد ذلك على قدر حصصهما كما لو لم يكن شريك غيرهما. قاله ابن القاسم في المدونة وقاله أشهب في غيرها. انتهى. وفي النوادر: قال ابن القاسم وأشهب: فإن قدم الغائب وقد أخذ الحاضر الجميع دخلوا معه بقدر سهامهم، وإن أبى بعضهم الأخذ فللآخرين من الشفعة بقدر حصصهم/ من حصص من أخذ لا بقدر حصصهم من حصص جميع الشركاء قالا فإن أبوا إلا واحدا ومصابه مثل مصابك فجميع ما أخذته بينكما شطرين فلو لم يقدم إلا واحد فليس له بقدر حصصه من حصص أصحابه، ولكن يأخذ نصف ما أخذت إن كان نصيبه مثل نصيبك. انتهى. وصرح بذلك ابن رشد في نوازله، وقد تكلم في ذلك وأطال، وبهذا يتضح ما نقله ابن رشد عن أشهب، وذكره ابن غازي عنه في العمدة، وهو قوله: وإن جاء ثالث كان مخيرا إن شاء كتب عهدته على المشتري وإن شاء على الشفيع الأول وإن شاء عليه وعلى الثاني. انتهى. فتأمله. والله أعلم. 329

ص: وهل العهدة عليه أو على المشتري ش: هذا قول أشهب الذي اختار ابن رشد أنه مفسر لقول ابن القاسم. قال في النوادر بعد أن نقله: وليس لهم أي الشفعاء الغيب أن يكتبوا ذلك عليكما جميعا. انتهى. أي على الشفيع الأول والمشتري.

ص: [وهل العهدة عليه أو على المشتري[370]] [أو على المشتري فقط[371]] كغيره ش: يعني أنه إذا أخذ من حضر من الشفعاء جميع الشفعة، ثم قدم أحد الشفعاء الغيب وأخذ بالشفعة هل تكون العهدة على الشفيع الأول، أو على المشتري المأخوذ منه بالشفعة كما تكون العهدة عليه في غير مسألة الغائب إذا قدم على شريكه؟ قال في النوادر: قال ابن المواز: أجمع مالك وأصحابه أن عهدة الشفيع على المشتري. قال أشهب: وإليه يدفع الثمن إن كان المبتاع دفعه إلى البائع وعلى المشتري/ قبض الشقص ودفعه إلى الشفيع، فإن كان المشتري حاضرا ولم يدفع الثمن دفع الشفيع الثمن إلى البائع، وعلى المشتري قبض الشقص للشفيع، وإن شاء الشفيع قبضه من البائع وعهدته في ذلك كله على المبتاع، ومن كتاب ابن المواز: فإن غاب المبتاع ولم يكن ثقة فأبى البائع من دفع الشقص. قال ابن القاسم: ينظر فيه السلطان. وقال أشهب في الكتابين: إن قربت غيبته كتب حتى يقدم فيكتب عليه العهدة، وإن بعدت غيبته قضى للشفيع بشفعته وقضى للبائع بقبض الثمن منه إن لم يكن قبضه، وإن كان البائع قبضه أخذه الإمام من الشفيع فأوقفه للمبتاع وكتب عليه العهدة، فإذا قدم أشهد بذلك على نفسه، محمد: وإن مات فالعهدة على ورثته يريد في تركته. قال ابن حبيب: وإذا حكم على المبتاع بشفعته فأبى من أخذ 330

الحديث ....

---

[370] *- الظاهر أن هذه الفقرة كررها الناسخ وليست في الأصل فقد كتب محمد عالي بن عدود في هامش نسخته "هكذا النص: وهل العهدة عليه أو على المشتري أو على المشتري فقط كغيره" وما كتب محمد عالي هو الذي في نسخة محمد يحي بن ابوه وفي المواق والميسر وغيرهما.

[371] - ساقطة من المطبوع وم124 ويحيى161 والشيخ257 ومايابى14 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 329.

نص خليل

كَذِي سَهْمٍ عَلَى وَارِثٍ وَوَارِثٌ عَلَى مُوصًى لَهُمْ ثُمَّ الْوَارِثُ ثُمَّ الأَجْنَبِيُّ وَأَخَذَ بِأَيِّ بَيْعٍ وَعُهْدَتُهُ عَلَيْهِ وَنُقِضَ مَا بَعْدَهُ وَلَهُ غَلَّتُهُ وَفِي فَسْخِ عَقْدِ كِرَائِهِ تَرَدُّدٌ وَلاَ يَضْمَنُ نَقْصَهُ فَإِنْ هَدَمَ وَبَنَى فَلَهُ قِيمَتُهُ قَائِمًا وَلِلشَّفِيعِ النُّقْضُ أَمَّا لِغَيْبَةِ شَفِيعِهِ فَقَاسَمَ وَكِيلُهُ أَوْ قَاضٍ عَنْهُ أَوْ أَسْقَطَ لِكَذِبٍ فِي الثَّمَنِ أَوِ اسْتُحِقَّ نِصْفُهَا وَحُطَّ مَا حُطَّ لِعَيْبٍ أَوْ لِهِبَةٍ إِنْ حُطَّ عَادَةً أَوْ أَشْبَهَ الثَّمَنَ بَعْدَهُ وَإِنِ اسْتُحِقَّ الثَّمَنُ أَوْ رُدَّ بِعَيْبٍ بَعْدَهَا رَجَعَ الْبَائِعُ بِقِيمَةِ شِقْصِهِ وَلَوْ كَانَ الثَّمَنُ مِثْلِيًّا إِلاَّ النَّقْدَ فَمِثْلُهُ وَلَمْ يَنْتَقِضْ مَا بَيْنَ الشَّفِيعِ وَالْمُشْتَرِي وَإِنْ وَقَعَ قَبْلَهَا بَطَلَتْ وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الثَّمَنِ فَالْقَوْلُ لِلْمُشْتَرِي بِيَمِينٍ فِيمَا يُشْبِهُ.

متن الحطاب

الثمن قال يحكم بها ويكتب له العهدة على المبتاع ويأخذ الثمن فيوقف لـه مـن أموالـه والـشفيع منـه بريء. انتهى. ونقل ابن عرفة هذا الكلام. والله أعلم.

ص: كذي سهم على وارث ش:

تنبيه: أما العصبة فكلهم سواء ولو كان بعضهم شقيقا لبعض. قال في أول الشفعة: ومـن هلـك وتـرك ثلاث بنين اثنان منهم شقيقان والآخر لأب، وترك بينهم دارا فباع أحد الشقيقين حصته قبل القـسمة فالشفعة بين الشقيق والأخ للأب سواء؛ إذ بالبنوة ورثـوا ولا ينظـر إلى الأقعـد بالبـائع، ولـو ولـد ولـد لأحدهم ثم مات فباع بعض ولده حصته فبقية ولده أشفع من أعمامهم لأنهم أهـل مـورث ثـان، فـإذا سلموا فالشفعة لأعمامهم، وإن باع أحد الأعمام فالشفعة لبقية الأعمام مع بني أخيهم لدخولهم مدخل أبيهم، وإن ترك ابنتين وعصبة فباعت إحدى الابنتين فأختها أشفع من العصبة لأنهمـا أهـل سـهم، [فإن سلمت[372]] فالعصبة أحق ممن شركهم بملـك، ولـو بـاع أحـد العـصبة فالـشفعة لبقيـة العـصبة والبنات، وكذلك الأخوات مع البنات حكم العصبة؛ لأن العصبة ليس لهم فرض مسمى. انتهى.

ص: وأخذ بأي بيع شاء ش: هذا إذا كان غير عالم أو غائبا، وأما إن كان حاضرا عالما فإنـه يـسقط شفعته من البائع الأول. قال اللخمي: فصل: فإذا باع المشتري نصيبه والـشفيع حاضـر عـالم ولم يقـم برد البيع سقطت شفعته في البيع الأول وكانت له الشفعة في البيع الثاني، وكذلك إن بيع بيعات وهو حاضـر سـقطت [شـفعته[373]] إلا مـن بيـع آخـر، وإن كـان غـير عـالم كـان بالخيـار يأخـذ بأيهمـا أحب. انتهى.

ص: وعهدته عليه ش: أي على من أخذ منه. قال في المدونة: وعهدة الشفيع على المبتاع خاصة وإليه يدفع الثمن كان بائعه قد قبض الثمن أم لا، ولو غاب المبتـاع قبـل أن ينقـد الـثمن/ ولم يقـبض الدار [نظر[374]] الإمام في ذلك، والبائع له منع الشقص حتـى يقـبض الـثمن، فـإن شـاء الـشفيع أن ينقده فذلك له ويقبض الشقص، وعهدته على المبتاع لأنه أدى عنه. 331

ص: وفي فسخ عقد كرائه تردد ش: حاصله أن له الأخذ بالـشفعة مـن الآن، واختلـف الطليطليـون والقرطبيون في فسخ الكراء، وعلى القول بعدم الفسخ فالكراء للمشتري كما نقله في التوضيح، ونقله أبو الحسن./ 332

ص: وإن اختلفا في الثمن فالقول للمشتري بيمين فيما يشبه ش: قـال في المدونة: وإن اختلف

الحديث ....

[372] *- في المطبوع فإذا سلمت وما بين المعقوفين من يحيى162 وم116 والشيخ258.

[373] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 330 وم117 ويحيى162 والشيخ258 ومايابى15.

[374] - في المطبوع انظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص331 وم119 وسيد54 ومايابى15 ويحيى151 والشيخ258.

نص خليل

كَكَبِيرٍ يَرْغَبُ فِي مُجَاوِرِهِ وَإِلاَّ فَلِلشَّفِيعِ وَإِن لَّمْ يُشْبِهَا حَلَفَا وَرُدَّ إِلَى الْوَسَطِ وَإِن نُّكَلَ مُشْتَرٍ فَفِي الأَخْذِ بِمَا ادَّعَى أَوْ أَدَّى قَوْلاَنِ وَإِنِ ابْتَاعَ أَرْضًا بِزَرْعِهَا الأَخْضَرِ فَاسْتُحِقَّ نِصْفُهَا فَقَطْ وَاسْتَشْفَعَ بَطَلَ الْبَيْعُ فِي نِصْفِ الزَّرْعِ لِبَقَائِهِ بِلاَ أَرْضٍ كَمُشْتَرِي قِطْعَةٍ مِنْ جِنَانٍ بِإِزَاءِ جِنَانِهِ لِيَتَوَصَّلَ لَهُ مِنْ جِنَانِ مُشْتَرِيهِ ثُمَّ اسْتُحِقَّ جِنَانُ الْمُشْتَرِي وَرَدَّ الْبَائِعُ نِصْفَ الثَّمَنِ وَلَهُ نِصْفُ الزَّرْعِ وَخُيِّرَ الشَّفِيعُ أَوَّلاً بَيْنَ أَنْ يَشْفَعَ أَوْ لاَ فَيُخَيَّرُ الْمُبْتَاعُ فِي رَدِّ مَا بَقِيَ.

متن الحطاب

الشفيع والمبتاع في الثمن صدق المبتاع لأنه مدعى عليه إلا أن يأتي بما لا يشبه مما لا يتغابن الناس [بمثله[375]] فلا يصدق إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار [اللصيقة[376]] بداره فيثمنه فالقول قوله إذا أتى بما يشبه. انتهى. وقول المصنف: "بيمين"، ظاهره سواء حقق الشفيع عليه الدعوى أم لا، وليس كذلك. قال في الشامل: بيمين إن حقق الشفيع لا إن اتهمه، وإلا فبدون يمين على الأشهر.انتهى. ونقله في التوضيح، وأصله لابن رشد.

ص: ككبير يرغب في مجاورته ش: هذا مثال لما أشبه فيه قول المشتري. قال ابن غازي: يرغب مبنيا للفاعل، ومجاورته بكسر الواو اسم فاعل، وهو كقوله في المدونة: إلا أن يكون مثل هؤلاء الملوك يرغب أحدهم في الدار الملاصقة به. انتهى.

قلت: ما ذكره هو الظاهر، ويحتمل أن يقرأ يرغب بالبناء للمفعول، ومجاورته بفتح الواو مصدر جاور يجاور، وقد جوز أبو الحسن في كلام المدونة المتقدم أن يكون المراد به ما تقدم قال: وإنه أراد يرغب أحد المشتريين في الدار التي تلاصق الملك إذا كان عادلا. قال في الوثائق المجموعة: وكذلك الشريكان والجار اللصيق. انتهى. وقال أبو الحسن: وقوله في المدونة: "إذا أتى بما يشبه" يريد ما يمكن أن يزيده فيها. انتهى.

ص: [فإن[377]] لم يشبها حلفا ورد إلى الوسط ش: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: [اختلف[378]] إذا أتيا بما لا يشبه، فأعدل الأقوال أن يحلفا جميعا ويأخذ الشفيع بالقيمة، وإن نكل أحدهما وحلف الآخر كان القول قول الحالف. ابن رشد: وإن أتى بما لا يشبه لأن صاحبه قد أمكنه بنكوله من دعواه. الشيخ: وغيره أعدل الأقاويل أن تسقط الشفعة كنسيان الثمن. انتهى.

فرع: [قال في المدونة:[379]] وإن أقاما بينة وتكافأت في العدالة كانا كمن لا بينة لهما ويصدق المبتاع لأن الدار في يديه. قال أبو الحسن: قال هنا لأن الدار في يديه، وقال فيما تقدم: لأنه مدعى عليه ومعناهما واحد لأنه يريد أخذها من يديه بأقل مما ادعاه. انتهى.

ص: وإن ابتاع أرضا بزرعها الأخضر فاستحق نصفها فقط واستشفع بطل البيع في نصف الزرع لبقائه بلا أرض ش: تتمة هذه المسألة قوله: ورد البائع/ نصف الثمن وله نصف الزرع، وخير الشفيع أولا بين أن يشفع أو لا فيخير المبتاع في رد ما بقي، ويشير إلى قوله في المدونة: ومن ابتاع أرضا

333

الحديث

....

[375] – في المطبوع عن مثله وما بين المعقوفين من ن عدود ص 332 ويحيى162 والشيخ258 ومايابى15.

[376] *– في التهذيب ج4 ص131 اللاصقة.

[377] *– في نسخة الشيخ259 وإن لم.

[378] – في المطبوع اختلفا وما بين المعقوفين من ن ذي ص232 وم119 وسيد54 ويحيى152 ومايابى16.

[379] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى162 ومايابى16.

نص خليل ....

متن الحطاب بزرعها الأخضر فاستحق رجل نصف [الأرض[380]] خاصة واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل، ويبطل في نصف [الأرض[381]] لانفراده بلا أرض، ويرد البائع نصف الثمن، ويصير له نصف الزرع وللمستحق نصف الأرض، ثم يبدأ الشفيع بالخيار في نصف الأرض الباقي، فإن أحب أخذه بالشفعة ولم يكن له في نصف الزرع شفعة، وإن لم يستشفع خير المبتاع بين رد ما بقي في يديه من الصفقة وأخذ جميع الثمن لأنه استحق من صفقته ما له بال وعليه فيه الضرر، وبين أن يتماسك بنصف الأرض ونصف الزرع ويرجع بنصف الثمن.انتهى. قوله في المدونة: واستشفع فالبيع في النصف المستحق باطل [هو[382]] نحو قول المصنف: "واستشفع" وهو يوهم أن الاستشفاع شرط في بطلان البيع في [النصف وليس كذلك، وقول المصنف: "بطل البيع في نصف الزرع" يفهم منه بطلان البيع في[383]] نصف الأرض؛ لأنه علل بطلان البيع فيه لبقائه بلا أرض، ويفهم من قوله: "ورد البائع نصف الثمن" لأنه يقتضي أنه يرد نصف جميع ثمن الأرض والزرع، وذلك مقتض لبطلان البيع فيهما، وقوله: "وله نصف الزرع" أي للبائع نصف الزرع الذي في النصف المستحق، ونقل الشارح في الكبير عن النوادر أن على البائع الكراء في النصف المستحق من الأرض.

قلت: وينبغي أن يجري على ما تقدم في فصل الاستحقاق، وقول المصنف: "وخير الشفيع" أولا بين أن يشفع [أو لا[384]] لم يبين ما يترتب على أخذه بالشفعة، وقد بين ذلك في المدونة، وقال إنه إن أخذ النصف الباقي من الأرض بالشفعة لم يكن له في نصف الزرع شفعة وذلك على المشهور من أن الزرع لا شفعة فيه، لكنه لم يبين في المدونة لمن يكون هذا النصف من الزرع، وذكر في النكت والتنبيهات فيه قولين: أحدهما أنه للبائع مع النصف الأول فيصير جميع الزرع له، والثاني أنه للمشتري،وصوبوا هذا القول الثاني، وجعلوا الأول خطأ لأن الشفعة بيع، والأخذ إنما هو من الشفيع وعليه العهدة، وفي التنبيهات أنه إذا أخذ بالشفعة فض الثمن على نصف الأرض ونصف الزرع. فانظره ولا كراء على الشفيع في نصف هذا الزرع؛ لأنه بمنزلة من اشترى أرضا فزرعها ثم أخذها الشفيع فلا أجرة له. انظر التوضيح. وأما إن لم يأخذ الشفيع بالشفعة فقد بين ما يترتب على ذلك في المدونة، ويفهم من كلام المصنف، وأما قول المصنف: "كمشتري قطعة من جنان" إلى قوله: "ثم استحق جنان البائع" فهي مسألة أخرى شبهها بمسألة بطلان البيع في نصف الزرع لبطلان البيع فيها لكون المشتري لا طريق له إلى الانتفاع بما اشتراه، لكن البطلان في مسألة الزرع إنما هو لأن الزرع الأخضر لا يجوز بيعه إلا تبعا للأرض، ولا يجوز بيعه بانفراده لأنه لم يبد صلاحه وصلاحه يبسه،

الحديث ....

380 – في المطبوع الزرع الاخضر وما بين المعقوفين من ن ذي ص 333 ويحيى162 والشيخ259 ومايابى16 والتهذيب، ج4 ص150 .

381 – هكذا في ن عدود ص333 وصوبه الشيخ محند سالم ب ما في المطبوع الزرع وهو الذي في مايابى16 ويحيى162 والتهذيب، ج4 ص150.

382 *– في المطبوع وهو وما بين المعترفين من يحيى152 وم119 وسيد54 ومايابى16 والشيخ259.

383 *– ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في يحيى152 وم119 وسيد34 ومايابى16 والشيخ259.

384 *– في المطبوع أم لا وما بين المعقوفين من سيد34 والشيخ259 ومايابى16.

نص خليل **باب الْقِسْمَةُ.**

متن الحطاب وليس المعنى أنه ليس [له[385]] أرض يبقى فيها وأنه يحكم بقلعه؛ ألا ترى أنه للبائع بخلاف مسألة الجنان فإن موجب الفساد أنه لم يبق للمشتري طريق إلى الانتفاع بما اشتراه، فالتشبيه بينهما إنما هو في فقد شرط من شروط صحة البيع، ففي مسألة الزرع من شروط صحة بيعه كونه [تبعا للارض، وفي مسألة الجنان من شروط صحة بيعه كونه[386]] منتفعا به وقد صار غير منتفع به. فتأمله. والله أعلم.

334 **مسألة:**/ قال اللخمي في تبصرته في آخر كتاب الشفعة: إذا باع أحد الشريكين لنفسه طائفة بعينها كان شريكه بالخيار بين خمسة أوجه بين أن يمضيها لشريكه وللمشتري ويبقى له ما لم يبع، أو يكون ما لم يبع شركة بينهما، وما بيع بينهما والثمن بينهما، أو يرد البيع في نصيبه من المبيع ولا يستشفع، أو يستشفع أو يدعو إلى المقاسمة، فإن صارت الطائفة المبيعة للبائع مضى البيع، وإن صارت للآخر كان بالخيار في إجازة البيع ورده، وإن صار بعضها عند من لم يبع فإن أجاز البيع، فيه مضى البيع وإن رد البيع في نصيبه كان للمشتري أن يرد البيع فيما بقي في يده، إلا أن يكون الذي رده للشريك أيسر الطائفة المبيعة فلا يكون له رد الباقي، واختلف إذا قال البائع ليس لك أن تبقى ما لم يبع شركة بيني وبينك وتشاركني فيما بعته ولكن نتقاسم فيصير ذلك لي أو لك فقيل لا مقال له في ذلك والمبدأ الشريك الذي لم يبع، وقيل له ذلك، وهو أحسن لأن كون ما لم يبع شركة ضرر عليه، وإنما رضي أن يكون ذلك على وجه المقاسمة فإذا رضي مضى ذلك على وجه المقاسمة أو يرده ويرجعان إلى المقاسمة. انتهى. والمسألة في آخر كتاب الشفعة من المدونة، وانظرها في أول رسم أول عبد أبتاعه فهو حر من سماع يحيى من كتاب الشفعة. وانظر ابن سلمون في أواخر الشفعة، وفيه مسألة من له حصة فباع جزء دون حصته، وسئلت عن هذه المسألة فأجبت بما ذكره اللخمي. وفي السؤال وحكم في [البيع[387]] المذكور حاكم بثبوت [البيع[388]] أو بموجبه فهل الحكم بذلك مقتض للحكم بالقسمة إذا ادعاها البائع أو المشتري؟ فأجبت بأن حكم الحاكم بثبوت البيع أو بموجبه لا يقتضي الحكم بالقسمة. والله أعلم.

ص: باب القسمة ش: قال ابن عرفة: تصيير مشاع من مملوك مالكين معينا ولو باختصاص تصرف فيه بقرعة أو [تراض.[389]] فيدخل قسم ما على مدين ولو كان غائبا. نقله الشيخ عن ابن حبيب، ورواه ابن سهل في طعام سلم، ويخرج تعيين معتق أحد عبديه أحدهما، وتعيين مشتر أحد ثوبين

الحديث ....

---

385 – في المطبوع لك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 333 ويحيى163 والشيخ259.
386 – ساقطة من المطبوع وم119 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 333 ويحيى163 والشيخ259 ومايابى16.
387 *– في يحيى153 ومايابى17 والشيخ260 المبيع.
388 *– في المطبوع المبيع وما بين المعقوفين من م119 وسيد54 والشيخ260 ويحيى153 ومايابى17.
389 – في المطبوع قراض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 334 ويحيى163 والشيخ260.

نص خليل تَهَايُؤٌ فِي زَمَنٍ كَخِدْمَةِ عَبْدٍ شَهْرًا وَسُكْنَى دَارٍ سِنِينَ كَالإِجَارَةِ لاَ فِي غَلَّةٍ وَلَوْ يَوْمًا وَمُرَاضَاة فَكَالْبَيْعِ.

متن الحطاب أحدهما، وتعيين مطلق عدد موصى به من أكثر منه بموت الزائد عليه قبل [تعيينه[390]] بالقسمة. انتهى.

ص: تهايؤ ش: قال الرجراجي: وقسمة المهايأة تقال بالنون لأن كل واحد منهما [هنأ[391]] صاحبه بما أراده، ويقال بالباء أيضا لأن كل واحد منهما وهب لصاحبه الاستمتاع بحقه في ذلك الشيء مدة معلومة، ويقال بالياء [تحته[392]] ثنتان لأن كل واحد منهما هيأ لصاحبه ما طلب منه. انتهى. ابن عرفة: وهي أي المهايأة اختصاص شريك بمشترك فيه عن شريكه [فيه[393]] زمنا معينا من متحد أو متعدد [يجوز[394]] في نفس منفعته لا في غلته.

335 ص: في زمن كخدمة عبد شهرا أو سكنى دار سنين كالإجارة ش: نبه بهذا على أن قسمة/ التهايؤ في زمن معين تكون كالإجارة لازمة، وشمل كلامه ما إذا كان المقسوم متحدا [و[395]] يأخذه كل واحد مدة معينة [أو كان متعددا وأخذ كل واحد منه شيئا مدة،[396]] ولا يشترط تساوي المدة فيهما، ومفهوم قوله: "في زمن كالإجارة" أنها لو كانت من غير تعيين زمن لم تكن كالإجارة وهو يشير إلى قول ابن الحاجب: فالأولى يعني المهايأة إجارة لازمة يأخذها كل واحد منهما أو [إحداهما[397]] مدة معينة وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد سكنى دار. انتهى. قال في التوضيح: وهذا القسم أي المهايأة على قسمين؛ مقاسمة زمان، ومقاسمة أعيان أشار المصنف إليهما بقوله: "فالأولى إلى قوله مدة معينة" وقوله: "أو [إحداهما"[398]] راجع إلى الدارين، وقوله: "مدة [معينة يعم[399]] الصورتين، ويحتمل عوده إلى الثانية ويضمر بعد الأولى مثله، والدار الواحدة إنما يتصور فيها قسمة زمان بخلاف الدارين فإنها مقاسمة أعيان، وقوله: "وغير لازمة كدارين يأخذ كل واحد منهما سكنى دار" من غير تعيين مدة. انتهى. وقال ابن عبد السلام: قوله: "غير لازمة" هذا نوع من أنواع الإجارة على الخيار، ولا يشترط فيها ضرب الأجل لأن كل واحد منهما له أن ينحل متى شاء، ولا يمكن تصويرها بالمثال الأول من مثالي [اللازمة[400]] إلا أن يأخذ أحدهما بيتا من الدار مثلا ويأخذ الآخر كذلك. انتهى.

ص: ومراضاة فكالبيع ش: هذا هو القسم الثاني من أقسام القسمة وهي قسمة المراضاة وبعضهم

الحديث ....

---

390 *- في المطبوع وم119 وسيد55 تعينه وما بين المعقوفين من يحيى153 ومايابى17 والشيخ260.

391 *- في المطبوع وم119 هنى وما بين المعقوفين من يحيى153 ومايابى17 وسيد55 والشيخ260.

392 *- في المطبوع تحتية وما بين المعقوفين من م120 ومايابى17 والشيخ260.

393 *- في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من مختصر ابن عرفة مخطوط ص35.

394 *- في المطبوع ويجوز وما بين المعقوفين من يحيى153 والشيخ260 ومايابى17 وسيد55 وم120.

395 - في المطبوع أو ويحيى163 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 والشيخ260 ومايابى17.

396 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى163 والشيخ260 ومايابى17.

397 *- في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ260 وم120 وسيد55.

398 *- في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من الشيخ260 ومايابى17.

399 *- في المطبوع معلومة يحتمل وما بين المعقوفين من يحيى153 والشيخ260 ومايابى17 وسيد55 وم120.

400 *- في المطبوع الملازمة وما بين المعقوفين من م120 ومايابى17 وسيد55 والشيخ260.

نص خليل وَقُرْعَةٌ وَهِيَ تَمْيِيزُ حَقٍّ.

متن الحطاب يسميها قسمة بيع. قال ابن عرفة: وهي أخذ بعضهم بعض ما بينهم على أخذ كل واحد منه ما يعدله بتراض ملكا للجميع. انتهى. وهو على قسمين بعد تقويم وتعديل. قال في معين الحكام وغيره: واللفظ للمُعِين فهذه لا يقضى بها على من أباها، ويجمع فيها بين حظين في القسم وبين الأجناس والأصناف والَمكيل والموزون [حاشى[401]] ما يدخر من الطعام مما لا يجوز فيه التفاضل، ويقام فيها بالغبن إذا ظهر، والأظهر أنها بيع من البيوع، وقسمة المراضاة بلا تعديل ولا تقويم حكمها حكم التي بعد التعديل والتقويم إلا في القيام بالغبن وهي بيع من البيوع بلا خلاف. انتهى. وفي التوضيح نحوه، وقاله في التنبيهات.

ص: وقرعة ش: قال ابن عرفة: وهي فعل ما يعين حظ كل شريك مما بينهم [بما[402]] يمتنع علمه حين [فعله. [انتهى.[403]] ثم[404]] [قال ابن عرفة:[405]] والصواب أن [قسمة[406]] القرعة بيع لا [تمييز[407]] [لأنه لا يختلف أن كل نخلة قبل القسمة شركة فالقسمة بيع.[408]] انتهى.

تنبيه: قال في اللباب: المقسوم لهم الشركاء المالكون فلا يقسم لغير المالك كالمحبس عليهم قسمة قرعة ولا مراضاة، ولا يمنع أن يقسم بينهم قسمة مهايأة في الأزمان في الدور والأرضين دون الشجر. انتهى. وفي مسائل القسمة من البرزلي مسألة: في المجموعة اختلف في قسمة الحبس قسمة اغتلال فكرهه قوم، وأجازه آخرون، ويحتمل أن يريد الأرض لا الشجر؛ لنصهم على منع قسمة الشجر.

قلت: هذه قسمة المهايأة، وذكر كلام ابن عرفة المتقدم في حد قسمة المهايأة والخلاف في قدرها. ثم قال في المجموعة: اختلف في قسمة الحبس على التعديل والاتساع فكرهه قوم، وأجازه آخرون فهذا يحتمل أن يريد الأرض والشجر وغيرهما. انتهى. ولما ذكر ابن عرفة قسمة المهايأة. قال: قال ابن رشد منها قسمة الحبس للاغتلال في جبر المحبس عليهم ما لم يزد عددهم بولادة أو نقص بموت ومنعه ثالثها تجوز برضاهم لبعضهم محتجا بقولهم فيمن حبس في مرضه على ولده وولد/ ولده يقسم الحبس على عددهم وغير ذلك من الظواهر الموجودة في مسائلهم وبعضهم محتجا بقول مالك فيها لا يقسم الحبس وغيرهم. 336

الحديث ....

[401] – في المطبوع خشي وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص 335 والشيخ260 ويحيى163 ومايابى18.

[402] *– في المطبوع مما وما بين المعقوفين من حدود ابن عرفة ج2 ص497.

[403] *– وردت في يحيى153.

[404] – في المطبوع من القسمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى163 والشيخ261 ومايابى18.

[405] *-وفي نسخة يحيى153 زيادة وهي: (بعد ذلك بنحو الكراس لما تكلم على مسألة قسم البلح وما قال في المدونة من أن من له النخل عليه سقيه إن كان التمر لغيره وانكار ابن عبدوس لذلك وأن السقي إنما هو على من له التمر لأن القسمة ليست ببيع قال).

[406] – في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى163 والشيخ261 ومايابى18.

[407] – في المطبوع تميز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 335 ويحيى163 والشيخ261 ومايابى18.

[408] *– ساقط من المطبوع وم ومايابى والشيخ وسيد وقد ورد في يحيى153.

نص خليل وَكَفَى قَاسِمٌ لاَ مُقَوِّمٌ وَأَجْرُهُ بِالْعَدَدِ وَكُرِهَ وَقُسِمَ الْعَقَارُ وَغَيْرُهُ بِالْقِيمَةِ.

متن الحطاب **قلت:** [عزا[409]] ابن سهل الأول لعبيد الله بن يحيى ولمحمد بن لبابة وابن وليد وأيوب بن سليمان وابن أيمن والثاني لابن [الأغبس[410]] قال: ويفسخ إن نزل، وعزا أحد القولين من المدونة لابن عات فقال عن محمد بن يحيى بن لبابة حملها على الخلاف غلط، إنما حمل القسم على ثمن المنفعة ومنعه على الربع المحبس نفسه.انتهى. وسئلت عن مال موقوف على وصي وأيتام فاقتضى رأي الوصي، ورأي جماعة من المسلمين قسم المال الموقوف فهل يقسم أم لا؟ فأجبت: إن كان المراد بالقسمة الاستبداد والاختصاص بحيث يصير كل واحد يفعل فيما بيده ما شاء فهذا لا يجوز، وإن أريد قسمته قسمة مهايأة بمعنى أن كل واحد من المحبس عليهم يسكن ناحية منه، أو يستغله مدة وكلما تغير عدد الموقوف عليهم بزيادة أو نقص تغيرت القسمة فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: فقيل إن ذلك لا يجوز، وقيل يجوز إذا رضي الموقوف عليهم أجمعون، وقيل يجبرون على ذلك، والقول الثاني هو الظاهر. والله أعلم.

ص: وكفى قاسم لا مقوم ش: قال القرافي في الفرق الأول من قواعده في الصور المركبة من الشهادة والرواية: رابعها المقوم للسلع وأرش الجنايات والمساقاة [والمغصوبات[411]] وغيرها. قال مالك: يكفي الواحد [في التقويم[412]] إلا أن يتعلق بالقيم حد كالسرقة فلا بد من اثنين، وروي لا بد من اثنين في كل موضع، ومنشأ الخلاف حصول ثلاثة أشياء شبه الشهادة لأنه إلزام لمعين وهو ظاهر، وشبه الرواية لأن المقوم متصد لما لا يتناهى كالمترجم والقائف، وهو ضعيف لأن الشهادة كذلك، وشبه الحاكم لأن حكمه ينفذ في القيمة والحاكم ينفذه، وهو أظهر من شبه الرواية، فإن تعلق بإخباره حد تعين مراعاة الشهادة لوجهين: أحدهما قوة ما يفضي إليه هذا الإخبار، وينبني عليه من إباحة عضو آدمي معصوم، وثانيهما أن الخلاف في كونه رواية أو شهادة شبهة يدرأ بها الحد. ثم قال:

337 وخامسها القاسم/ قال مالك: يكفي واحد، والأحسن اثنان، وقال أبو إسحاق: لا بد من اثنين، وللشافعية في ذلك قولان، ومنشأ الخلاف شبه الحكم والرواية أو الشهادة، والأظهر شبه الحكم لأن الحاكم استنابه في ذلك وهو المشهور عندنا وعند الشافعية أيضا. انتهى. وفي [الباب[413]] الرابع عشر من القسم الثاني من تبصرة ابن فرحون قال ابن القصار: ويقبل قول التاجر في قيم المتلفات إلا أن يتعلق بالقيمة حد فلا بد من اثنين، وروي عن مالك أنه لا بد من [اثنين[414]] [مثال[415]] القيمة التي يتعلق بها حد كتقويم العرض المسروق وهل بلغت قيمته إلى النصاب أم لا؟ فهنا لا بد من

الحديث ....

---

409 – في المطبوع عن وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى164 والشيخ261 ومايابى18.
410 – في المطبوع الأعين وما بين المعقوفين من الأحكام الكبرى لابن سهل ص583.
411 – في المطبوع والغصوبات ويحيى164 (وم الغصوب) وما بين المعقوفين من ن ذي ص 336 والشيخ261 ومايابى18.
412 – في المطبوع بالتقويم وم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 336 ويحيى164 والشيخ261 ومايابى18.
413 – في المطبوع الكتاب ومايابى19 (اللباب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ويحيى164 والشيخ261.
414 – في المطبوع اثنين عند مثل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 337 ومايابى19.
415 *– في المطبوع مثل وما بين المعقوفين من التبصرة ص247.

نص خليل

وَأَفْرَدَ كُلُّ نَوْعٍ وَجُمِعَ دُورٌ وَأَقْرِحَة وَلَوْ بوَصْفٍ إنْ تَسَاوَتْ قِيمَةً وَرَغْبَةً وَتَقَارَبَتْ كَالْمِيلِ إنْ دَعَا إلَيْهِ أَحَدُهُمْ وَلَوْ بَعْلاً وَسَيْحًا إلاَّ مَعْرُوفَةً بالسُّكْنَى فَالْقَوْلُ لِمُفْرِدِهَا وَتُؤُولَتْ أَيْضًا بخِلاَفِهِ وَفِي الْعُلُوِّ وَالسُّفْلِ تَأْويلاَنِ.

متن الحطاب

اثنين. انتهى. ثم قال: قال ابن القصار: يجوز تقليد القاسم على ما رواه ابن نافع عن مالك كما يقلد المقوم لأرش الجنايات لمعرفته بذلك، وقال الأبهري يجب أن يكون اثنين ثم رجع عن ذلك. انتهى. فلعل المصنف ترجح عنده الرواية الثانية في المقوم، والفرق بين القاسم والمقوم أن القاسم نائب عن الحاكم. انتهى. فاكتفي فيه بالواحد والمقوم كالشاهد على القيمة فيترجح فيه جانب الشهادة.

تنبيهات: الأول: الذي يظهر أن مراد المصنف بالمقوم المقوم للسلع المتلفات ولأروش الجنايات، ونحوهما كما تقدم في كلام القرافي، وليس المراد به المقوم للسلعة المقسومة فإن الذي يظهر من كلامهم أن القاسم هو الذي يقوم المقسوم ويعدله.

الثاني: قال القرافي في الذخيرة: قال في النوادر: قال ابن حبيب: لا يأمر الحاكم بالقسم إلا من هو عنده مأمون بصير، وقال الشافعية يشترط في منصوب الإمام الحرية والعدالة والتكليف والذكورة لأنه حاكم وعلمه بالمساحة والحساب والتقويم، ولا يشترط في منصوب الشركاء العدالة والحرية؛ لأنه وكيل، ولم أر لأصحابنا ما يخالف هذا. انتهى. والله أعلم.

الثالث: فهم من قول المصنف: "كفى قاسم" أن الأولى خلاف ذلك وهو كذلك. قال ابن الحاجب: الاثنان أولى من الواحد، وقال ابن عرفة: الشيخ عن ابن حبيب: لا يأمر القاضي بالقسم إلا المأمون المرضي وإن كانا اثنين فهو أفضل، وإن لم يجد إلا واحدا كفى.انتهى.

ص: **وأفرد كل نوع** ش: يعني أنه لا يجوز جمع جنسين ولا نوعين متباعدين في قسمة القرعة. قال في المدونة: ولا تقسم أصناف مختلفة بالسهم مثل أن يجعلوا الدور حظا والرقيق حظا ويستهمون وإن اتفق قيم ذلك لأنه خطر، وإنما تقسم هذه الأشياء كل نوع على حدة، البقر على حدة والغنم على حدة والعروض على حدة إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم، وكذلك لا يجوز أن يجعلوا دنانير ناحية وما قيمته [مثلها[416]] ناحية من ربع أو عرض أو حيوان [ويقترعوا،[417]] وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز، وأما داران في موضع وإن تفاضلتا في البناء كواحدة جديدة وأخرى رثة أو دار بعضها رث وباقيها جديد فذلك يجمع في القسم؛ لأنه نوع واحد منه [جيد[418]] ودون بالقيم كقسم الرقيق على تفاوتها، وكل صنف لا بد فيه من ذلك، فإن كان كل صنف من ذلك لا يحمل القسمة بيع عليهم الجميع، إلا أن يتراضوا على شيء بغير سهم فيجوز .انتهى.

338

ص: **وجمع دور وأقرحة** ش: كذا في بعض النسخ بالواو وفي/ بعضها بأو وعلى النسخة الأولى فالواو بمعنى أو، والمراد أن الدور تجمع على حدة والأقرحة على حدة، ولا يريد أن الدور تجمع مع الأقرحة.

الحديث

....

---

[416] – في المطبوع ما ما تلها وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 وم والشيخ262 ومايابى19.

[417] – في المطبوع أو يقترعوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 ويحيى154 وم120.

[418] *– في المطبوع والشيخ262 ومايابى19 وسيد55 جديد وما بين المعقوفين من يحيى154 والتهذيب ج4 ص198.

نص خليل

وَأَفْرِدَ كُلُّ صِنْفٍ كَتُفَّاحٍ إِنِ احْتَمَلَ إِلاَّ كَحَائِطٍ فِيهِ شَجَرٌ مُخْتَلِفَةٌ أَوْ أَرْضٍ بِشَجَرٍ مُتَفَرِّقَةٍ وَجَازَ صُوفٌ عَلَى ظَهْرٍ إِنْ جُزَّ وَإِنْ لِكَنِصْفِ شَهْرٍ وَأَخْذُ وَارِثٍ عَرْضًا وَآخَرَ دَيْنًا إِنْ جَازَ بَيْعُهُ وَأَخْذُ أَحَدِهِمَا قِطْنِيَّةً وَالآخَرِ قَمْحًا وَخِيَارُ أَحَدِهِمَا كَالْبَيْعِ.

متن الحطاب

قال ابن الحاجب: وتجمع الدور المتقاربة المكان المستوية نفاقا ورغبة مهما دعا إليه أحدهم. ثم قال: وكذلك [القرى[419]] والحوائط والأقرحة يجمع ما تقارب مكانه كالميل ونحوه وتساوى في كرمه وعيونه بخلاف اليوم. قال ابن عبد السلام: لا يريد المؤلف [أن[420]] هذه الأنواع التي ذكرها من قرى وحوائط وأقرحة تجمع في القسم ولكن كل نوع من هذه يجمع. انتهى. وقال الرجراجي: اتفقوا على أنه لا يجمع في قسمة القرعة الدور مع الحوائط ولا الحوائط مع الأرضين ولا الدور مع الأرضين، وإنما يقسم كل شيء من ذلك على حدته، ويضم بعضه إلى بعض على شروط [نذكرها[421]]. انتهى. والأقرحة جمع قراح بفتح القاف. قال في المدونة: هي الفدادين. وقال ابن عبد السلام: الأقرحة هي المزارع التي ليس فيها بناء ولا شجر. قاله الجوهري. والله أعلم.

ص: وأفرد كل صنف كتفاح إن احتمل ش: يعني أن كل صنف من أصناف الفواكه كالتفاح والرمان إذا كان يحمل القسمة بين الشركاء فإنه يفرد؛ يريد إذا كان كل واحد في حائط بدليل قوله "إلا في كحائط فيه شجر مختلفة" فإنه يعني أن الحائط إذا كان فيه أشجار [من[422]] الفواكه فإنه يقسم بالقيمة. قاله في المدونة. وإن كانت قرية ذات دور وأرض بيضاء وشجر فليقسموا الأرض والدور على ما وصفنا، وأما الأشجار فإن كانت مختلفة مثل تفاح ورمان وأترج وغيرها وكلها في جنان واحد فإنه يقسم كله مجتمعا بالقيمة كالحائط يكون فيه البرني والصيحاني والعجوة والجعرور وأصناف التمر فإنه يقسم على القيمة، ويجمع لكل واحد حظه من الحائط في موضع، فإن كان كل صنف من تفاح ورمان وغيره/ في جنان على حدة قسم بينهم كل جنان على حدته بالقيمة إن انقسم. انتهى.

339

مسألة: قال في الطراز في كتاب السلم لما تكلم على القطنية وأنها أصناف إنها لا تجمع في القسم، وتقدم كلامه عند قول المصنف: "وقطنية ومنها كرسنة".

ص: أو أرض بشجر مفترقة ش: يعني أن الأرض إذا كان فيها شجر مفترقة فإنه يقسم الأرض مع الشجر جميعا، [ولا تقسم الشجر وحدها والارض وحدها. قال في المدونة: وإن ورثوا أرضا فيها شجر مفترقة فليقسموا الشجر والأرض جميعا،[423]] ولو أفردنا قسمة الأصول وقعت أصول الرجل في أرض غيره. انتهى.

ص: وخيار أحدهما كالبيع ش: قال في المدونة: ولو اقتسما على أن لأحدهما الخيار أياما يجوز مثلها في البيع في ذلك الشيء فجائز وليس لمن لا خيار له [منهما[424]] رد وذلك لمشترطه، وإذا

الحديث

....

[419] – في المطبوع بالقرى وما بين المعقوفين من ن ذي ص338 ويحيى154 ومايابى19 وم121 وسيد55 والشيخ262.

[420] *– ساقطة من المطبوع وم121 وقد وردت في يحيى154 ومايابى19 وسيد55.

[421] – في المطبوع يذكرها وما بين المعقوفين من مايابى19 وسيد55.

[422] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 338 ويحيى165 والشيخ262 ومايابى19.

[423] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى165 والشيخ262 ومايابى20.

[424] *– في المطبوع منها وما بين المعقوفين من م119 ويحيى165 والشيخ262 ومايابى20 وسيد55.

نص خليل

وَغَرْسُ أُخْرَى إِن انْقَلَعَتْ شَجَرَتُكَ مِنْ أَرْضِ غَيْرِكَ إِن لَّمْ تَكُنْ أَضَرَّ كَغَرْسِهِ بِجَانِبِ نَهْرِكَ الْجَارِي فِي أَرْضِهِ وَحُمِلْتَ فِي طَرْحِ كُنَاسَتِهِ عَلَى الْعُرْفِ وَلَمْ تطْرَحْ عَلَى حَافَتِهِ إِنْ وَجَدَت سَعَةً وَجَازَ ارْتِزَاقُهُ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ.

متن الحطاب

بنى من له الخيار أو هدم أو ساوم الجميع فذلك رضا كالبيوع. انتهى.

ص: وغرس أخرى إن انقلعت ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: إن سقطت الشجرة ونبتت فيها خلوف فالخلوف لصاحب الشجرة. ابن رشد: معناه إذا نبتت في مواضع الشجرة لأن من كانت له شجرة في أرض رجل فله موضعها من الأرض، وليس لقدر ذلك حد معلوم عند مالك، وهو بقدر ما تحتاج إليه الشجرة في شربها، وأما إن نبتت الخلوف خارجة عن قدر حق صاحب الشجرة، فإن كان له فيها منفعة بغرسها في حقه كان له قلعها، وإلا فهي لرب الأرض بقيمتها حطبا إن كان لها قيمة، وإلا فبغير شيء، وإن كان بقاؤها مضرا بأصل الشجرة كان لصاحب الشجرة قطعها بكل حال، إلا أن يقطع الذي ظهرت في أرضه العروق المتصلة [بالشجرة[425]] حتى لا تضر بها فله ذلك، ويعطيه قيمتها إن كان لها قيمة./ انتهى باختصار. 340

فرع: وعلى رب الشجرة سقيها فإن امتنع من ذلك وكانت تشرب مع شجر صاحب البستان فالظاهر أنه يلزمه أجرة سقيها كما قال صاحب البيان في رسم الشجرة من سماع عيسى من جامع البيوع فيمن اشترى زيتونة على أن يقطعها فتوانى في قطعها حتى أثمرت. قال ابن القاسم: الثمرة لمشتري الشجرة. قال صاحب البيان: ويكون عليه أجرة قيامه عليها إن كان يسقيها ولم يكن المطر يسقيها. قاله ابن القاسم في رواية ابن جعفر عنه، ويكون عليه كراء موضعها من الأرض إن كان غائبا باتفاق، وإن كان حاضرا على اختلاف. انتهى. وقال في كتاب العرايا من المدونة: ولو وهب [ثمر[426]] حائط أو جزءا منه أو تمر نخلة معينة سنين قبل الزهو أو أعمر ذلك لم يجز له شراء [ثمرة[427]] ذلك أو بعضه بخرصه ولكن بعين أو بعرض والسقي في ذلك على الموهوب [له[428]] أو على المعرى وعليه الزكاة إن بلغ حظه ما فيه الزكاة، وإن لم يبلغ فلا زكاة على واحد منهما. قاله ابن القاسم. وقال أكابر أصحابنا: العرية مثل الهبة، وفرق بينهما مالك في الزكاة والسقي. انتهى. وعلى قول مالك مشى المؤلف في باب العرايا، والقصد منه أن من له نخلة معينة في بستان رجل فعليه سقي ذلك كما دلت عليه نصوص المذهب. والله أعلم.

فرع: قال في وثائق ابن سلمون: قال في مسائل ابن الحاج: إذا اتفق الجيران على [رجل[429]] يحرس لهم جناتهم أو كرومهم فأبى بعضهم من ذلك فإنه يجبر معهم، وكذلك أفتى ابن عتاب في الدور يتفق الجيران، ويأبى بعضهم من ذلك. قال القاضي: إلا أن يقول صاحب الكرم أنا أحرسه بنفسي أو يحرسه غلامي أو أخي فله ذلك، وبذلك أفتيت، وسئلت عن قوم لهم زرع استأجروا من يحرسه فأبى بعضهم من ذلك وقال معي من يحرس زرعي وزرع كل واحد منهم على حدته واستأجروا

الحديث ....

---

[425] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 339 ويحيى165 والشيخ263 ومايابى20.

[426] – في المطبوع وسيد55 ثمن وما بين المعقوفين من ن ذي ص340 ويحيى155 والشيخ263 ومايابى20 وم121.

[427] – في المطبوع تمرة وما بين المعقوفين من مايابى20 وسيد55 والشيخ263.

[428] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى165 والشيخ263 ومايابى20.

[429] – في المطبوع أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى165 والشيخ263 ومايابى20.

نص خليل

لاَ شَهَادَتُهُ وَفِي قَفِيزٍ أَخْذُ أَحَدِهِمَا ثُلُثَيْهِ وَالآخَرِ ثلثه لاَ إِنْ زَادَ عَيْنًا أَوْ كَيْلاً لِدَنَاءَةٍ وَفِي كَثَلاثِينَ قَفِيزًا وَثَلاَثِينَ دِرْهَمًا أَخْذَ أَحَدُهُمَا عَشَرَةَ دَرَاهِمَ وَعِشْرِينَ قَفِيزًا إن اتَّفَقَ الْقَمْحُ صِفَةً وَوَجَبَ غَرْبَلَةُ قَمْحٍ لِبَيْعٍ إِنْ زَادَ غَلَثُهُ عَلَى الثلثِ وَإِلاَّ نُدِبَتْ وَجَمْعُ بَزٍّ وَلَوْ كَصُوفٍ وَحَرِيرٍ لاَ كَبَعْلٍ وَذَاتِ بِئْرٍ أَوْ غَرْبٍ وَثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ إن لَّمْ يَجُذَّاهُ كَقَسْمِهِ بِأَصْلِهِ أَوْقتا أَوْ زَرْعًا.

متن الحطاب

من يحرسه وأبى هو من الدخول معهم فلم يحرس له أحد حتى كمل الزرع؛ فأفتيت أنهم يرجعون عليه بما ينوبه من الأجرة. قال: وأما الأجرة على الصلاة للإمام فمن أباها من الجيران لم يجبر عليها، ولا يحكم عليه بها؛ لأن الإجارة عليها مكروهة في أصلها، ولأن شهودها في الجماعة سنة لا فريضة، وينبغي في أجرة الجمعة أن تلزم من أباها؛ لأن شهودها فرض .انتهى.

ص: لا [شهادته[430]] ش: قال في المدونة في كتاب الأقضية: ولا تجوز شهادة القسام على ما قسموا. انتهى. يريد بعد عزل القاضي الذي بعثه. قال ابن الحاجب: ولا يقبل قولهما بعد العزل. قال في التوضيح: لا يقبل قولهما بعد عزل القاضي الذي بعثهما. انتهى. وحاصل المسألة أن شهادة القسام فيما قسموه بأمر القاضي جائزة عنده ولو كان ذلك بعد إنفاذ الحكم بالقسمة عند اختلاف الورثة وضياع المستند الذي فيه القسمة، ولا تجوز شهادتهم عند غير من أمرهم لا وحدهم ولا مع غيرهم. قاله ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد وعن النوادر. قال: وكذلك العاقد والخاطب والمحلف والكاتب والناظر للعيب. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي: وسئل ابن أبي زيد عن [الأندر إذا جمعته[431]] السيول في موضع واحد بعد الخلط فقيل يقبل قول الحراثين إذا قالوا هذا أندر فلان وقالوا رأيناه وقد قلع الماء إياه، وكيف قسمة الشعير والزيتون عند الخلط؟ وهل يصدق كل واحد منهم عما كان في أندره ويحلف أو لا؟ فأجاب: إن كان إنما اختلط بشهادة الحراثين وهم عدول فهي جائزة، وأما غير العدول فشهادتهم غير جائزة، وأرباب الزيتون [والزرع[432]] إن تقارروا بينهم على شيء معلوم فهو كذلك، وإن تجاهلوا فليس إلا الإصلاح.

قلت: كثيرا ما يقع عندنا بتونس تأتي السيول بالزيتون في تلك الأودية وحكمه هكذا، وكذا ما اختلط على أيدي اللصوص من الزرع والزيتون على هذا المنوال، وكذا ما وقع في الرواية في السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون فإنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه، وهذا كله يجري على أصل واحد. انتهى. وانظر/ مسائل اللقطة فيه. 341

ص: وفي قفيز أخذ أحدهما ثلثيه الخ ش: قال في المدونة: ولا يجوز في قسم تمر الحائط تفضيل أحد في الكيل لرداءة حظه، ولا التساوي في المقدار على أن يؤدي آخذ الجيد ثمنا/ لصاحبه ولا يجوز بيع حنطة ودراهم بمثلها، ولو اقتسما ثلاثين قفيزا قمحا وثلاثين درهما على أن أخذ أحدهما الدراهم 342

الحديث ....

---

[430] *- في المطبوع شهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص340.

[431] – في المطبوع الاندار إذا جمعتهم وما بين المعقوفين من مايابى21 وسيد55 والشيخ263.

[432] – في المطبوع والعصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 340 ويحيى165 والشيخ263 لكن فيه تقديم وتاخير "الزرع والزيتون".

نص خليل

أَوْ فِيهِ فَسَادٌ كَيَاقُوتَةٍ أَوْ كَجَفِيرٍ أَوْ فِي أَصْلِهِ بِالْخَرْصِ كَبَقْلٍ إِلاَّ التَّمْرَ أَوِ الْعِنَبَ إِذَا اخْتَلَفَتْ حَاجَةُ أَهْلِهِ وَإِنْ بِكَثْرَةِ أَكْلٍ وَقَلَّ وَحَلَّ بَيْعُهُ وَاتَّحَدَ مِنْ بُسْرٍ أَوْ رُطَبٍ لاَ تَمْرٍ وَقُسِمَ بِالْقُرْعَةِ بِالتَّحَرِّي كَالْبَلَحِ الْكَبِيرِ وَسَقَى ذُو الأَصْلِ كَبَائِعِهِ الْمُسْتَثْنِي ثَمَرَتُهُ حَتَّى يُسَلِّمَ أَوْ فِيهِ تَرَاجُعٌ إِلاَّ أَنْ يَقِلَّ أَوْ لَبَنٍ فِي ضُرُوعٍ إِلاَّ لِفَضْلٍ بَيِّنٍ أَوْ قَسَمُوا بِلاَ مَخْرَجٍ مُطْلَقًا وَصَحَّتْ إِنْ سُكِتَ عَنْهُ وَلِشَرِيكِهِ الاِنْتِفَاعُ.

متن الحطاب

وعشرة أقفزة وأخذ الآخر عشرين قفيزا، فإن كان القمح مختلفا سمراء ومحمولة أو نقيا ومغلوثا لم يجز، وإن تساوى القمح في النقاء والجودة والجنس، أو كان من صبرة يتفق أعلاها وأسفلها فذلك جائز بخلاف المتبايعين؛ لأن [هذا[433]] لم يأت أحدهما بطعام والآخر بطعام ودراهم فيكون فاسدا ولو قسما مائة قفيز قمحا ومائة شعيرا فأخذ [هذا[434]] ستين قمحا وأربعين شعيرا وأخذ الآخر ستين شعيرا وأربعين قمحا فذلك جائز. قال الشيخ أبو الحسن: جعل القسمة هنا تمييزا فلذلك أجازها يدل عليه قوله: "لأن أحدهما لم يأت بطعام" الخ ولو جعلها بيعا لمنع كما قال في السلم فيما إذا أخرج أحدهما مد قمح ومد شعير والآخر مثله أنه لا يجوز.

343 ص: أو فيه فساد كياقوتة أو كجفير ش: كذا في كثير من النسخ أو كجفير/ بالجيم والفاء وبعدها ياء ثم راء وفي بعضها كخفين تثنية خف، فعلى النسخة الأولى يكون المعنى ظاهرا وهو أن ما يفسد بالقسمة لا يجوز قسمه لا [بالقرعة[435]] ولا بالمراضاة وذلك اللؤلؤة والفص والخاتم وجفير السيف، وأما على النسخة الثانية فلا يخلو الكلام عن إشكال؛ لأنه لا يخلوا إما أن يكون المنفي قسمة القرعة فيفهم منه أن قسمة المراضاة جائزة في الياقوتة والخفين جميعا وليس كذلك؛ لأن قسم اللؤلؤة والفص والخاتم والياقوتة لا يجوز بالمراضاة ولا بالقرعة، وإما أن يكون المنفي القسمة مطلقا فيفهم منه أن الخفين لا ينقسمان بالمراضاة وليس كذلك، بل يجوز قسم الخفين والنعلين والمصراعين والباب والثوب الملفق من قطعتين والرحا بالمراضاة. قاله في المدونة. وقال أبو الحسن في قسم الرحا: بأن يأخذ هذا حجرا وهذا حجرا: قلت: ومثله الكتاب من سفرين أو أسفار. والله أعلم. ومثله السواران والقرطان كما قاله ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الصرف فيما إذا ظهر العيب بأحد المزدوجين فإنه كظهوره فيهما جميعا، وقال ابن راشد في اللباب في باب القسمة: وماله أخ لا يقسم إلا بالتراضي. انتهى. وقال الرجراجي: وما له زوج لا يستغني [أحدهما[436]] عن صاحبه كالخفين والبابين والغرارتين فلا يقسم بين الشريكين إلا بالتراضي. انتهى. والله أعلم.

ص: أو فيه تراجع إلا أن يقل ش: يعني أنه لا يجوز قسم القرعة إذا كان فيها تراجع إلا أن يكون ذلك قليلا. قال في الرسالة: "وقسم القرعة لا يكون إلا في صنف واحد، ولا يؤدي أحد الشريكن ثمنا، وإن كان في ذلك تراجع لم يجز القسم إلا بتراض". انتهى. وقال في المدونة: ولا يجوز أن يجعلوا دنانير حية

الحديث

....

---

[433] *- في المطبوع هنا وما بين المعقوفين من يحيى156 والشيخ264 ومايابى21 وم122 وسيد56.

[434] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 342 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى21.

[435] – في المطبوع بالقسمة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى21.

[436] – في المطبوع أحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 343 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى22.

نص خليل وَلاَ يُجْبَرُ عَلَى قَسْمِ مَجْرَى الْمَاءِوَقُسِمَ بِالْقِلْدِ كَسُتْرَةٍ بَيْنَهُمَا وَلاَ يُجْمَعُ بَيْنَ عَاصِبَيْنِ إلاَّ بِرِضَاهُمْ إلاَّ مَعَ كَزَوْجَةٍ فَيُجْمَعُونَ أَوَّلاً كَذِي سَهْمٍ وَوَرَثَةٍ وَكَتَبَ الشُّرَكَاءَ ثُمَّ رَمَى أَوْ كَتَبَ الْمَقْسُومَ وَأَعْطَى كُلاًّ لِكُلٍّ.

متن الحطاب وما [قيمته[437]] مثلها ناحية من ربع أو عرض أو حيوان ويقرعوا، وأما بالتراضي بغير قرعة فجائز. قال الشيخ أبو الحسن: تقدم ما للخمي، ويشير إلى ما قدمه عنه في أول كتاب القسمة، ونصه: وإن اختلفت قيمة الدارين فكان بينهما يسير مثل أن يكون قيمة [إحداهما[438]] مائة والأخرى تسعين فلا بأس أن يقترعا على [أن[439]] من صارت له التي قيمتها مائة أعطى [صاحبه[440]] خمسة دنانير؛ لأن هذا مما لا بد منه، ولا يتفق في الغالب أن يكون قيمة الدارين سواء. الشيخ: انظر هذا الذي قاله اللخمي مع ما في الرسالة وما تقدم لعياض، [إلا[441]] أن يقال معنى ما قال أبو محمد تراجع كثير. انتهى. وما قدمه عن عياض هو ما ذكره في أول كتاب القسمة لما تكلم على قسمة القرعة فقال: ولا يجوز تعديل السهام بزيادة دراهم أو دنانير أو غير ذلك من غير جنس المقسوم من إحدى الجهتين. انتهى. وقال ابن عرفة بعد أن نقل كلام اللخمي: قلت: ظاهر الروايات منع التعديل في قسم القرعة بالعين. انتهى. وجزم المصنف في التوضيح بما قاله اللخمي. ونصه: فرعان: الأول: اختلف في قسم العلو والسفل بالقرعة. الثاني: يجوز في القرعة أن يكون بينهما الشيء اليسير كما لو كانت قيمة [إحداهما[442]] مائة والأخرى تسعين إلى آخر كلام اللخمي. والله أعلم.

344 ص: ولا يجبر على قسم مجرى الماء ش: قال في كتاب القسمة من المدونة: فإن ورثوا/ قرية على أجزاء مختلفة ولها ماء ومجرى ماء ورثوا أرضها وماءها وشربها وشجرها قسمت الأرض بينهم على قدر مواريثهم منها، ولا يقسم مجرى الماء، ويكون لهم من الماء على قدر مواريثهم منه. انتهى. أبو الحسن: أطلق المجرى هنا على الماء الجاري، ولم يرد موضعه الذي يجري فيه، ومثله في كتاب الغرر: لا يجوز أن يشتري مسيل ميزاب أي الماء الذي يسيل منه. انتهى. ثم قال في آخر كتاب القسمة من المدونة: ولا يقسم أصل العيون والآبار، ولكن يقسم شربها بالقلد. انتهى. ونقله

345 عياض بلفظ: ولم تقسم/ الآبار، ولم أسمع واحدا يقول إن العيون والآبار تقسم، ولا أرى أن يقسم إلا على الشرب. انتهى. ثم قال: ظاهر المذهب أنه أراد قسم الواحد منها فإن [غير[443]] الواحد منها إذا اعتدل في القسم قسم، وهو قول سحنون وتأويله على الكتاب، وهو قول ابن نافع وابن حبيب،

الحديث ....

[437] *– في المطبوع وم122 قيمة وما بين المعقوفين من يحيى156 والشيخ264 وسيد56.

[438] – في المطبوع أحدتهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص343 وم122.

[439] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى22.

[440] – في المطبوع صاحبها وما بين المعقوفين من ن عدود ص343 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى22.

[441] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 343 ويحيى166 والشيخ264 ومايابى22.

[442] – في المطبوع أحدهما والشيخ264 ويحيى166 وما بين المعقوفين من ن عدود ص343.

[443] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص345 ومايابى22.

نص خليل وَمُنِعَ اشْتِرَاءُ الْخَارِجِ وَلَزِمَ وَنُظِرَ فِي دَعْوَى جَوْرٍ أَوْ غَلَطٍ وَحَلَفَ الْمُنْكِرُ.

متن الحطاب وحمل ابن لبابة منع القسم فيهما على العموم، واستدل [بمخالفة[444]] [جوابه في الآبار والعيون [لجوابه[445]] في المواجل، وقوله: أما على قول مالك فيقسم، وأما أنا فلا أرى ذلك للضرر، إلا أن يصير لكل واحد منهما ماجل ينتفع به. ثم قال[446]] في الآبار والعيون: لا أرى أن يقسم إلا على الشرب. ولم يقل فيهما [بما[447]] قال في الماجل، ولم يفرق بين قليلها وكثيرها. قال عياض: ولا حجة [ببينة[448]] في هذا لأنه إنما تكلم على [مأجل[449]] واحد وهو يمكن إذا قسم وكان كثيرا أن يصير منه مآجل، ولا يمكن أن يصير العين عيونا ولا البئر آبارا، فظاهر كلامه أنه إنما أراد العين الواحدة والبئر الواحدة، وأنه لا يمنع قسم الكثير كما قال سحنون ومن معه. انتهى. ويشهد لقول سحنون ومن معه قوله في أوائل القسمة: فإن ورث قوم أراضي وعيونا كثيرة، فإن أراد أحدهم قسم كل عين وأرض وأراد غيره اجتماع حصته من ذلك، فإن استوت الأرض في الكرم [وتقاربت أماكنها واستوت العيون في سقيها الأرض جمعت في القسم، وإن اختلفت الأرض في الكرم[450]] والعيون في [الغزر[451]] قسمت كل أرض وعيونها على حدة. انتهى.

ص: ومنع اشتراء الخارج ش: قال الشارح: يعني أنه لا يجوز لأجنبي أن يشتري ما يخرج لأحدهم بالسهم، وهو مراده بالخارج، وهكذا قال في المدونة، وزاد: لأنه لا [شركة[452]] له في ذلك وإنما جاز ما أخرج السهم في تمييز حظ الشريك خاصة لأن القسمة عند مالك بالقرعة ليست من البيوع. انتهى. وظاهر كلامه رحمه الله يوهم أنه يجوز للشريك اشتراء الخارج، وكذلك لفظ المدونة وليس كذلك، وإنما أراد التفرقة بين جواز القسمة في تمييز حظ كل واحد وعدم جواز البيع. قال أبو الحسن في شرح كلام المدونة: هذا جواب سؤال مقدر كأنه قيل لم أجزت ما أخرج السهم بالقسم لأحد الشريكين ولم تجزه لأجنبي وكلاهما مبيع؛ لأن كل واحد من المتقاسمين باع بعض نصيبه ببعض نصيب الآخر، وذلك مثل قسمة المجهول؛ إذ لا يدري أيهما يصير له وما قدره كالأجنبي؟ فقال: وإن كانت القسمة عند مالك بيعا فإن القسمة تفارق البيع في بعض الحالات، وقوله: "إذ لا شركة له" إنما ذكر هذا التفريق بين الشريك والأجنبي، وكذلك لا يجوز للشريك شراء ما يخرج بالسهم لشريكه. انتهى. والله أعلم.

الحديث ....

---

444 *– في المطبوع بمخالفته وما بين المعقوفين من الشيخ265 ويحيى156 ومايابى22 وسيد56 وم122.

445 *– في المطبوع بجوابه وما بين المعقوفين من يحيى156.

446 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص345 ويحيى166 والشيخ265 ومايابى22.

447 – في المطبوع بل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 وم والشيخ265 (ويحيى166 ومايابى22 فيها بما قال).

448 *– في المطبوع لبينته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى166 ومايابى22 وسيد56 وم122.

449 – في المطبوع مؤجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص345 ويحيى166 والشيخ265 ومايابى22.

450 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 والشيخ265 ويحيى166 ومايابى22.

451 – في المطبوع الغرر وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص179.

452 – في المطبوع شرك وم وما بين المعقوفين من ن ذي ص 345 ويحيى166 ومايابى22.

نص خليل فَإِنْ تَفَاحَشَ أَوْ ثَبَتَا نُقِضَتْ كَالْمُرَاضَاةِ إِنْ أَدْخَلاَ مُقَوِّمًا.

متن الحطاب ص: فإن تفاحش أو [ثبتا[453]] نقضت ش: أي ثبت الجور والغلط قال أبو الحسن الصغير في أول كتاب القسمة: قال الباجي في وثائقه: إنما يرجع بالغبن في القرب. انتهى. وقال في معين الحكام: قال بعض الأندلسيين: [وإنما[454]] يقام بالغبن فيما قرب، وأما ما بعد أمره وطال تاريخه فلا يقام فيه بغبن. انتهى. وقال ابن سهل عن أبي إبراهيم: وحد ذلك العام، ويفيته أيضا البناء والغرس. انتهى. وقال في معين الحكام أيضا: وإذا ثبت الغبن في القسمة انتقضت ما لم تفت الأملاك ببناء أو هدم أو غير ذلك من وجوه الفوات، فإن فاتت الأملاك بما ذكرنا رجعا في ذلك إلى القيمة يقتسمونها، وإن فات بعضه وبقي سائره على حاله اقتسم ما لم يفت مع قيمة ما فات. انتهى.

ص: كالمراضاة إن أدخلا مقوما ش: نحو هذه العبارة نقلها أبو الحسن عن أبي عمران، ونصها: قال ابن حبيب: وإذا ادعى أحدهما الغلط بعد القسم، فإن قسموا بالتراضي بلا سهم وهم جائزو الأمر فلا ينظر إلى دعوى ذلك وإن كان الغلط ببينة أو بغير ذلك من أمر ظاهر لأنه كبيع التساوم يلزم فيه التغابن، وإن [قسموا[455]] بالسهم على تعديل القسم فلا يقبل قوله: "إلا ببينة أو [بتفاحش[456]] الغلط فترد فيه القسمة كبيع المرابحة. قال أبو عمران: إنما يصح قول ابن حبيب على وجه وهو إذا تولوا القسمة بأنفسهم، وأما إن أدخلوا بينهم من يقوم لهم ثم ظهر فيها الغبن فسخت القسمة بينهم لأنا وإن سميناه تراضيا فلم يدخلوا فيه إلا على التساوي. انتهى. وظاهرها أن الشركاء إذا لم يدخلوا مقوما وإنما قوموا لأنفسهم أنه لا يقام/ في ذلك بالغبن، والظاهر أن ذلك ليس بمراد، وإنما المراد أن قسمة المراضاة إذا كانت بتعديل وتقويم [فإنه[457]] يقام فيها بالغبن. قال اللخمي: دعوى الغلط بعد القسم على أربعة أوجه: 346

أحدها أن [يعدلا[458]] ذلك بالقيمة ثم يقترعا أو يأخذ ذلك بغير قرعة ثم يدعي أحدهما غلطا فهذا ينظر إليه أهل المعرفة؛ فإن كان سواء أو قريبا من السواء وإلا نقض القسم وكان القول قول من ادعى الوهم والغلط، والثاني أن يقولا هذه الدار تكافىء هذه وهذا العبد يكافىء هذا من غير ذكر القيمة، ثم يقترعان أو يأخذان ذلك بغير قرعة، والجواب فيه كالأول؛ لأن مفهوم ذلك التعديل والمساواة في القيم، وكذلك إذا قالوا هذه الدار تكافىء هذا المتاع أو هذه العبيد، ثم أخذ كل واحد منهم أحد الصنفين بالتراضي بغير قرعة، ثم تبين أن [القيمة مختلفة،[459]] والثالث أن يقول أحدهما خذ هذه الدار وهذا العبد [وآخذ أنا هذه الدار وهذا العبد[460]] من غير تقويم ولا ذكر مكافأة فإن كانت القسمة بالتراضي مضت المغابنة على [من[461]] كانت في نصيبه إلا على قول من لم يمضها

الحديث ....

453 – في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من يحيى157 ومايابى23 وم120 وسيد56.
454 – في المطبوع واما ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 345 ويحيى167 والشيخ265 ومايابى23.
455 – في المطبوع قسم وما بين المعقوفين من ن ذي ص345 وم122 ويحيى157 ومايابى23 والشيخ265 وسيد56.
456 *– في المطبوع والشيخ265 يتفاحش وما بين المعقوفين من يحيى157 ومايابى23 وسيد56.
457 *– في المطبوع فإنما وما بين المعقوفين من سيد56 ويحيى157 ومايابى23 والشيخ266.
458 – في المطبوع يعدل وما بين المعقوفين من مايابى23 وسيد56 والشيخ266.
459 – في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم121 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى23.
460 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم121 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى23.
461 *– في المطبوع ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص346.

نص خليل ....

متن الحطاب في البيع، وإن كانت القسمة بالقرعة وهما عالمان بتغابنهما كانت فاسدة تفسخ بالجبر وإن لم يدع واحد منهما إليه؛ لأن القرعة على ذلك غرر، وإن كانا يظنان أنها متساوية كانت جائزة والقيام في ذلك كالعيب، والرابع أن يختلفا في الصفة التي وقع القسم عليها مثل أن يقتسما عشرة أثواب فكان بيد أحدهما ستة وقال هي نصيبي على هذا اقتسمنا وقال الآخر الواحد منها لي [وإنما[462]] سلمته غلطا فاختلف فيه على ثلاثة [أقوال. قال[463]] ابن القاسم: القول قول الحائز له مع يمينه إذا أتى بما يشبه لأن الآخر أقر بالقسم وادعى ما في يد صاحبه، وقال أشهب: القول قول الحائز مع يمينه [إذا أقر الآخر أنه سلمه إليه غلطا، وإن قال سلمته على وجه الإيداع كان القول قوله مع يمينه،[464]] وقال محمد بن عبدوس: يتحالفان ويتفاسخان ذلك الثوب وحده. ثم ذكر كلاما لابن حبيب في هذا القسم الرابع.

قال الرجراجي: إذا ادعى أحدهم الغلط في القسمة فذلك على وجهين أحدهما أن يلوا القسمة بأنفسهم، والثاني أن يقدموا من يقسم بينهم، [فإن تولوا[465]] القسم بأنفسهم ثم ادعى أحدهم الغلط فذلك على أربعة أوجه، وذكر هذه الأوجه الأربعة التي ذكرها اللخمي. ثم قال: وأما إذا قدموا من يقسم بينهم فادعى أحدهم أن القاسم جار أو غلط فقال ابن القاسم في المدونة لا يلتفت القاسم إلى قولهم وليتم قسمته، فإذا فرغ منها نظر السلطان فيها فإن وجدها على التعديل مضى ما قسم ولا يرد فإن رضي جميعهم برده ونقضه ليستأنفا القرعة أو التراضي بقسمته مرة أخرى لم يجز لأنهم ينتقلون من معلوم إلى مجهول وهو ما يخرج لهم في المستقبل، ولو تراضوا بنقضه بشرط أن يأخذ كل واحد شيئا معلوما معينا جاز، وإن وجد السلطان غبنا فاحشا نقضه قولا واحدا، وإن كان غير فاحش فقال ابن القاسم في المدونة إنه يرد، وقال أشهب لا يرد. انتهى.

وقال في التنبيهات: القسمة على أربعة أضرب: قسمة حكم وإجبار وهي قسمة القرعة، وقسمة مراضاة وتقويم، وقسمة مراضاة على [غير[466]] تعديل، وحكم هذه حكم البيوع في كل وجه، ولا يرجع فيها بغبن على القول أنه لا يرجع [به[467]] في البيوع، ويرجع بالغبن في [الوجهين الأولين،[468]] ويعفى عن اليسير في ذلك في قسمة المراضاة، واختلف في اليسير في قسمة القرعة كالدينار والدينارين من العدد الكثير فذهب ابن أبي زيد، وبعضهم إلى أنه معفو عنه، وأبى ذلك آخرون وقالوا تنقض القسمة لأنه خطأ في الحكم يجب فسخه، ولا يفرق فيه بين القليل والكثير. انتهى. ونحوه لابن ناجي كما نقله ابن عرفة. والله أعلم.

الحديث ....

462 – في المطبوع وأنا وم121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى23.

463 – في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من ن عدود ص346.

464 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى24.

465 – في المطبوع أن يلوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم121 ومايابى24 والشيخ266.

466 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم121 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى24.

467 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 346 وم121 ويحيى167 والشيخ266 ومايابى24.

468 *– في المطبوع الوجهين في الأولين وما بين المعقوفين من م123 ومايابى24 وسيد56 ويحيى157 والشيخ266.

نص خليل وَأُجْبِرَ لَهَا كُلٌّ إنِ انْتَفَعَ كُلٌّ وَلِلْبَيْعِ إن نُقِصَتْ حِصَّةُ شَرِيكِهِ مُفْرَدَةً لاَ كَرَبْعِ غَلَّةٍ أوِ اشْتَرَى بَعْضًا.

متن الحطاب ص: **وأجبر لها كل إن انتفع كل** ش: فلا يقسم الفرن والرحى والمعصرة، فلو خربت أرضه حتى صارت براحا لابناء فيها فهل تقسم؟ انظر البرزلي في أوائل القسمة فإنه حكى في ذلك خلافا، وتقدم بعض كلامه في باب الشركة، وسئلت عمن له سهمان وخمسة أسهم في أرض متعددة بعضها مشتمل/ على نخل وهي كلها بوادي نخلة وسقيتها ثلاث وجبات وثلث فطلب من شركائه القسمة بأن يقوموا الأرض ويعطوه من ذلك قطعة بقدر ما يخصه، فإن فضل له شيء أخذه، وإن فضل عليه شيء سلمه وقال له شركاؤه ما نعطيك إلا قدر حصتك من كل أرض ونخل؟ فأجبت بجمع الأراضي التي فيها النخل على حدة إذا كانت متقاربة بحيث يكون [بينها[469]] كالميل ونحوه وكانت متساوية في النفاق والرغبة فيها، وكذلك تجمع الأراضي التي لا نخل فيها إذا كانت متقاربة كذلك وكانت متساوية في النفاق والرغبة، ويقسم كل صنف على حدته إذا كان يحصل لأقل الشركاء حصة [شيء[470]] ينتفع به، فإن لم يحصل له شيء ينتفع به لم يجبر على القسم، فإن دعا أحد الشركاء إلى البيع جبر له بقية الشركاء إذا كانت حصته تنقص إذا بيعت مفردة، وليس لشركائه أن يقولوا له نعطيك من كل قطعة [من الأراضي[471]] بقدر حصتك إذا كان لا ينتفع بذلك، [بل[472]] إما تراضوا على أن يقوموا الأراضي ويعطوه قطعة منها إما بقدر حقه أو بأقل أو بأكثر وإلا بيع عليهم. والله أعلم.

ص: **وللبيع إن نقصت حصة شريكه مفردة لا كربع غلة أو اشترى بعضا** ش: يعني وأجبر الشركاء لبيع الشيء المشترك من عقار وحيوان وعروض إذا لم يمكن قسمه وكانت حصة أحدهم إذا بيعت مفردة نقص ثمنها. قال ابن عرفة: [وفيها[473]] إذا دعا [أحدهما[474]] لقسم ثوب بينهما لم يقسم، وقيل لهما تقاوماه بينكما أو بيعاه فإن استقر على ثمن فلمن أبى البيع أخذه، وإلا بيع. وفيها أيضا: وإن لم ينقسم ما بينهم من ربع أو حيوان أو عرض وشركتهم بميراث أو غيره فمن دعا إلى بيعه جبر عليه من أباه، ثم للآبي أخذ الجميع بما يعطى فيه. انتهى. وانظر كلام ابن غازي فإنه جامع حسن.

وقال في آخر كتاب البيوع من النوادر: قال ابن حبيب: قال ابن الماجشون وأصبغ في الشيء لا ينقسم بين الرجلين فيريد أحدهما المقاومة فيه قال: لا يلزم صاحبه المقاومة فيه، وعليه أن يبيع معه، وإن رضيا بالمقاواة تقاوياه بينهما بالمزايدة وبما أحبا بلا قيمة، ولا يقوم بقيمته ثم يتزايدان عليها، وإذا أمر بالبيع معه فإذا بلغ فمن شاء أخذه [منهما[475]] بذلك ومن شاء تركه، ولو باع أحدهما نصيبه

347

الحديث ....

[469] - في المطبوع بينهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص347 وسيد56 وم123 ومايابى24 و الشيخ267.
[470] *- في المطبوع وم123 بشيء وما بين المعقوفين من سيد56 ويحيى158 ومايابى24 والشيخ267.
[471] *- في المطبوع وم123 في الأرض وما بين المعقوفين من سيد56 ومايابى24 والشيخ267.
[472] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى24.
[473] - ساقطة من المطبوع وم121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى24.
[474] - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص347.
[475] - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى25.

نص خليل وَإِنْ وَجَدَ عَيْبًا بِالأَكْثَرِ فَلَهُ رَدُّهَا.

متن الحطاب وحده مضى ذلك، ولم يكن له أخذه بالثمن، [ويعمل مع من صار[476]] له إن شاء كما كان يعمل مع الشريك الأول؛ يريد إن لم يقم بالشفعة فيما فيه شفعة ولم يكن بائعا معه. انتهى. وقد تقدم في كلام ابن رشد أن أحد الشريكين أحق بالشيء المشترك بالثمن الذي يأخذه [به[477]] الغير بلا خلاف قبل البيع، فإن وقع البيع مضى [ولم[478]] يكن أحق به إلا فيما فيه الشفعة، وكذلك الكراء، وانظر المدونة في كتاب القسمة [وابن عرفة في كتاب القسمة[479]] أيضا.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الأقضية في القضاء على الغائب: وكتب شجرة إلى سحنون في عبد بين رجلين غاب أحدهما وقام شريكه يطلب بيع نصيبه قال: إن قربت غيبته استؤني حتى يحضر فيقاويه أو يجتمعا على البيع، وإن بعدت غيبته [فيباع[480]] للحاضر العبد، وتوقف حصة الغائب من الثمن. انتهى. ونقله أيضا ابن بطال في المقنع في باب القضاء على الغائب، وذكر البرزلي في مسائل القسمة عن المازري أن القاضي يبيع ما لم ينقسم من العقار إذا كان الشريك غائبا ويوقف ثمنه له.

فرع: إذا طلب أحد الشركاء إخلاء الدار قبل القسمة أو قبل البيع، وقال الآخر تقسم وأنا فيها أو ينادى عليها وأنا فيها. انظر ذلك في مسائل القسمة من البرزلي، وانظرها في مسائل الدعوى والحيازات من ابن سهل والتوضيح [وابن غازي وبهرام في الكبير[481]] في هذا المحل، وتقدم الكلام على ذلك في باب الشركة. والله أعلم.

ص: وإن وجد عيبا بالأكثر فله ردها ش: يريد ونصيب صاحبه السالم لم يفت يدل عليه قوله: "فإن فات"، وقوله: "بالأكثر" يريد وكذلك وجه الصفقة ولو لم يكن الأكثر. قال ابن الحاجب: فلو ظهر عيب في وجه نصيبه ولم يفت الباقي/ فله رد الجميع. انتهى. [قال[482]] ابن عبد السلام: وكماله الرد باطلاعه على العيب في وجه ما أخذ فكذلك يكون له الرد باطلاعه على العيب في أكثره. انتهى. وفي المدونة ما نصه باختصار ابن عرفة: وفيها إن وجد أحد الشريكين بعد القسم في حظه عيبا فإن كان المعيب وجهه أو [أكثره[483]] رد الجميع وابتدأ القسم، فإن فات ما بيد صاحبه رد قيمته يوم قبضه يقتسمانها مع المردود، وإن كان الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت فإن كان المعيب سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان المعيب كان قسم

348

الحديث ......

[476] – في المطبوع وم121 بالثمن ليعمل مع من دار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 ومايابى25.

[477] *– ساقطة من المطبوع وم123 ويحيى158 وقد وردت في سيد56 وفي مايابى25 والشيخ267 ياخذ به الغير.

[478] – في المطبوع وإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى25.

[479] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 وم121 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى25.

[480] *– في المطبوع فليبع وما بين المعقوفين من يحيى168 والشيخ267.

[481] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 347 ويحيى168 والشيخ267 ومايابى25.

[482] *– في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من م123 وسيد56 ويحيى158 ومايابى25 والشيخ267.

[483] – في المطبوع أكثر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى168 والشيخ268 ومايابى25.

نص خليل فَإِنْ فَاتَ مَا بِيَدِ صَاحِبِهِ بِكَهَدْمٍ رَدَّ نِصْفَ قِيمَتِهِ يَوْمَ قَبْضَهُ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَمَا بِيَدِهِ رَدَّ نِصْفَ قِيمَتِهِ وَمَا سَلِمَ بَيْنَهُمَا وَإِلاَّ رَجَعَ بِنِصْفِ الْمَعِيبِ مِمَّا بِيَدِهِ ثَمَنًا وَالْمَعِيبُ بَيْنَهُمَا.

متن الحطاب قرعة أو تراض. انتهى. وقول المؤلف: "فله ردها" وابن الحاجب: فله رد الجميع الظاهر أن اللام فيه للإباحة، وانظر ما يقابل قولهما: "فله رد الجميع" هل وله [رد[484]] المعيب ويرجع بنصف ما يخصه ثمنا كما في عيب الأقل أم لا، أو له التمسك بما حصل له فقط من غير رد، وهو الذي يظهر من لفظ المدونة؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: فإن فات ما بيد صاحبه بكهدم رد نصف قيمته يوم قبضه وما سلم بينهما ش: لا يدخل في قوله: كهدم البيعُ وإن كان قد ذكره أبو سعيد في تهذيبه؛ لأن القاضي عياضا تعقبه، ونقله عنه في التوضيح، وكذلك حوالة الأسواق. قال في المدونة: وليس حوالة الأسواق في الدور فوتا. انتهى. وقال ابن عرفة: ولو اقتسما قمحا فظهر عيب بحظ أحدهما بعد طحنه ففي رد قيمته أو مثله، ثالثها يكون شريكا بقيمة الطحن في الدقيق وما بقي وحصة الآخر بينهما لها ولابن عبدوس عن أشهب [وسحنون. الشيخ في المجموعة: قيل لو اقتسما خشبا فعمل أحدهما حظه بابا؟ قال: قال مالك: ليس النسج فوتا في التفليس، وقال[485]] سحنون ليس الطحن بفوت فكذا في الخشب.انتهى. والله أعلم. وقوله: "يوم قبضه" قال ابن عبد السلام: إن كان معناه أن يوم القبض هو يوم البيع فصحيح، وإلا فانظر هل يقال القيمة في البيع الصحيح يوم البيع وهذا بيع صحيح، أو يقال لما انتقضت القسمة انتقض البيع فلا يضمن إلا يوم القبض؟. انتهى. قال ابن عرفة: هذا هو الصحيح، وعليه حمله الأشياخ، ونحوه قول الغير في النكاح الثاني إذا وهبت المرأة صداقها ثم طلقها قبل البناء أنه يرجع [عليها[486]] بقيمة ذلك يوم [قبضته،[487]] ولابن القاسم يوم وهبته لأنها لا تضمن هلاكه بأمر من الله وهنا يضمنه بذلك من هو في يده. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن حبيب: إن فات بعضه رد قيمة ما فات، وإن فات نصف المعيب رد نصفه.

فرع: فإن فات النصيبان معا فإنه يرجع على من أخذ السالم بنصف ما زادت قيمته على قيمة المعيب. قاله ابن عبد السلام. وهو ظاهر.

ص: وما بيده رد نصف قيمته ش: قال ابن عبد السلام: يوم القبض على ما تقدم. انتهى. فإن فات بعضه فقد تقدم فرق هذا عن ابن عرفة. والله أعلم.

ص: وما رد بينهما ش: كذا في بعض النسخ، ويعني به ما رد بسبب العيب الذي اطلع عليه، وفي بعض النسخ وما سلم بينهما، ويعني به أيضا المعيب الذي اطلع عليه، وعبر عنه بقوله: "وما سلم" أي ما سلم من الفوات في مقابلة نصيب صاحبه الذي فات فتأمله. والله أعلم.

ص: وإلا رجع بنصف المعيب مما في يده ثمنا والمعيب بينهما ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن

الحديث ....

---

484 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى168 والشيخ268 ومايابى25.

485 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 ويحيى168 والشيخ268 ومايابى25.

486 – في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن ذي ص348 وم124 وسيد56 ويحيى158 ومايابى25 والشيخ268.

487 – في المطبوع قبضه وما بين المعقوفين من ن ذي ص348 وم124 وسيد56 ويحيى158 ومايابى25 والشيخ268.

نص خليل وَإنِ اسْتُحِقَّ نِصْفٌ أَوْ ثلثٌ خُيرَ لاَ رُبْعٌ وَفُسِخَتْ فِي الأَكْثَرِ.

متن الحطاب كان المعيب الأقل رده ولم يرجع فيما بيد شريكه، وإن لم يفت إذا لم ينقض القسم، ولكن ينظر فإن كان المعيب قدر سبع ما بيده رجع على صاحبه بقيمة نصف سبع ما أخذ ثمنا ثم يقتسمان هذا المعيب. انتهى. فقوله: "بنصف المعيب" فيه حذف مضافين، والتقدير بنصف قيمة مثل المعيب، وقوله: "مما في يده" [أي[488]] من السالم الذي في يد شريكه كما قال في المدونة، وهذا أبين من قول المصنف [في التوضيح[489]] فيه حذف مضافين أي بمثل قيمة نصف المعيب من الصحيح. والله أعلم.
تنبيه: هذا ظاهر إذا كان المعيب متميزا عن السالم، وأما إذا كان المعيب يعم جميع ما أخذه أحدهما لكنه ينقص ثمنه يسيرا فلا يتأتى شيء منه على من أخذ السالم، لكن يرجع بنصف قيمة ما زاده السالم على المعيب. قاله ابن عبد السلام. ولم يتعرض المؤلف/ في هذا الشق لتفريق الفوات من غيره، 349 أما فوات [نصيب[490]] السالم نصيبه من [العيب[491]] فهو مساو لعدم فواته كما قاله في المدونة، ونقله عنه غير واحد، وأما فوات نصيب المعيب نصيبه فالظاهر أن حكمه حكم ما إذا كان العيب يعم جميع النصيب لكنه ينقص من ثمنه يسيرا، وهو -والله أعلم- المشار إليه بقوله في المدونة: ولو بنى أحدهما في حصته من الدار وهدم بعد القسمة ثم وجد عيبا فذلك فوت، ويرجع بنصف قيمة [المعيب[492]] ثمنا على ما فسرنا. انتهى. والله أعلم.
ص: **وإن استحق نصف أو ثلث خير لا ربع وفسخت في الأكثر** ش: ظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يكون المستحق شائعا من جميع المقسوم أو من حصة أحدهم أو معينا وليس كذلك، وإنما هذا الحكم فيما إذا استحق معين أو شائع من حصة أحدهم فيفصل فيه على ما ذكر، وفيه ما نبه عليه ابن غازي وغيره، وأما إذا استحق جزء شائع من جميع المقسوم فلا كلام لأحد الشريكين على صاحبه؛ لأنه استحق من نصيب أحدهما مثل ما استحق من نصيب الآخر وهذا ظاهر، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: وإن استحق بعض معين. واعلم أن مسألة وجود العيب والاستحقاق ببعض الأنصباء بعد القسمة. قال عياض في التنبيهات: جاءت فيها ألفاظ مشكلة وأجوبة مختلفة ومقالات مطلقة، واضطرب بسببها تأويل الشيوخ ومذاهبهم في تحقيق مذهبه في ذلك. انتهى. وقد لخص في اللباب من ذلك كلاما، ونصه: وإذا وقع الاستحقاق في شائع [لم[493]] ينقض القسم واتبع المستحق كل وارث بقدر ما صار من حقه ولا يتبع المليء [عن[494]] المعدم، وإن استحق نصيب أحدهم بعينه فإن استحق جميعه رجع فيما بيد شريكه كأن الميت لم يترك غيره، وإن استحق بعضه فثلاثة لابن القاسم

الحديث ....

[488] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 الشيخ سيديا268 ومايابى26.
[489] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 348 والشيخ268 ومايابى26.
[490] *– في المطبوع وم وسيد ويحيى ومايابى والشيخ269 النصيب وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص349.
[491] *– في المطبوع والشيخ269 المعيب وما بين المعقوفين من سيد57 وم124 ومايابى26 ويحيى159.
[492] *– في م124 وسيد57 ومايابى26 والشيخ269 العيب وما بين المعقوفين من يحيى159.
[493] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى169 والشيخ269 ومايابى26.
[494] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ذي ص349 وسيد57 وم124 ويحيى159 ومايابى26 والشيخ269.

نص خليل

كَطُرُوِّ غَرِيمٍ أَوْ مُوصًى لَهُ بِعَدَدٍ عَلَى وَرَثَةٍ أَوْ عَلَى وَارِثٍ وَمُوصًى لَهُ بِالثلثِ وَالْمَقْسُومُ كَدَارٍ وَإِنْ كَانَ عَيْنًا أَوْ مِثْلِيًّا رَجَعَ عَلَى كُلٍّ وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَيْهِ إن لَّمْ يَعْلَمُوا وَإِنْ دَفَعَ جَمِيعُ الْوَرَثَةِ مَضَتْ كَبَيْعِهِمْ بِلاَ غَبْنٍ وَاسْتَوْفَى مِمَّا وَجَدَ ثُمَّ تَرَاجَعُوا وَمَنْ أَعْسَرَ فَعَلَيْهِ إن لَّمْ يَعْلَمُوا.

متن الحطاب

قال مرة ينتقض القسم كله إن كان المستحق كثيرا، وإن كان يسيرا رجع بقيمته، وقال مرة يرجع فيساوي صاحبه فيما بيده بقدر نصف ذلك كان المستحق كثيرا أو قليلا، وقال مرة ينتقض في الكثير ويرجع في اليسير شريكا.

تنبيه: مسائل العيب والاستحقاق وقعت فيها ألفاظ مختلفة في المدونة وأجوبة مختلفة اضطربت فيها مسائل الشيوخ في تحقيق مذهبه، وقد نبه عليها القاضي عياض في تنبيهاته. قال بعض الشيوخ: والذي يظهر من مذهبه [أن مذهبه[495]] المعلوم في البيع أن الثلث فأزيد كثير يرد منه البيع، وأن القسمة تستوي مع البيع في اليسير الذي لا يردان منه وهو الربع فما دونه وفي الجل الذي يرد فيه البيع [وتفسخ[496]] [معه[497]] القسمة ويفترقان في النصف والثلث ونحوهما فيرد البيع بذلك، ولا تفسخ القسمة باستحقاق النصف أو الثلث ويكون بذلك شريكا فيما بيد صاحبه، وكذلك العيب. ابن يونس: وهذا تحصيل حسن، وليس في مسائل الباب ما يخالفه إلا مسألة الدار يأخذ أحدهما ربعها والآخر ثلاثة أرباعها فيستحق نصف نصيب أحدهما، فإنه قال: يرجع بقيمة ذلك فيما بيد صاحبه، ولو قال يرجع فيما بيد صاحبه لاستوت المسائل وحسن التأويل، ولم يكن في [الكتاب[498]] تناقض. انتهى كلام اللباب بلفظه.

350 ص: **كطرو غريم أو موصى له بعدد على ورثة/ أو وارث وموصى له بالثلث والمقسوم كدار وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا وإن دفع جميع الورثة مضت كبيعهم بلا غبن واستوفى مما وجد ثم تراجعوا ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا** ش: ذكر رحمه الله أربع مسائل: الأولى أن يطرأ غريم على الورثة بعد أن اقتسموا التركة. الثانية أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة بعد القسمة أيضا. الثالثة أن يطرأ غريم على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة. الرابعة أن يطرأ موصى له بعدد على الورثة والموصى لهم بالثلث بعد القسمة أيضا، وذكر أن الحكم في الصور الأربع نقض القسمة لأنه شبهها بمسألة استحقاق الأكثر حيث قال: "وفسخت في الأكثر كطرو غريم الخ" إلا [أنه[499]] شرط في نقض القسمة أن يكون المقسوم دارا أو ما يشبه الدار يريد المقومات كالعبيد والثياب ونحوها، واحترز بذلك مما لو كان المقسوم عينا أو مثليا فإن القسمة لا تنقض كما صرح به في قوله: "وإن كان عينا أو مثليا رجع على كل من الورثة بحصته"، ويشترط في

الحديث ....

495 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى26 والشيخ269.

496 *- في المطبوع وم124 ويفسخ وما بين المعقوفين من سيد57 ويحيى159 ومايابى26 والشيخ269.

497 *- في نسخة الشيخ269 (فيه).

498 - في المطبوع الكلام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 349 ويحيى269 ومايابى26 وفي الشيخ269 الكتب.

499 - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ذي ص350 وسيد57 وم124 ويحيى159 ومايابى27 والشيخ270.

نص خليل ....

متن الحطاب نقض القسمة إذا كان المقسوم كدار أن لا يدفع الورثة يريد أو أحدهم جميع الدين فإن دفعوا الدين من أموالهم أو دفع بعضهم لم تنتقض [القسمة،[500]] وكذلك إذا دفعوا العدد الموصى به لم تنتقض القسمة وهذا الشرط يفهم من قول المصنف: "وإن دفع جميع الورثة مضت"، وأما قول المؤلف في مسألة ما إذا كان المقسوم عينا أو مثليا أن من أعسر فعليه إن لم يعلموا فمشكل؛ لأنه يقتضي أن الورثة إذا اقتسموا التركة وكانت عينا أو مثليا ثم طرأ عليهم غريم فوجد بعضهم موسرا وبعضهم معسرا فإنه إنما يرجع على الموسر بحصته، ويتبع المعسر بحصته إذا لم يكونوا عالمين بالدين وليس كذلك، وإنما يكون هذا فيما إذا طرأ غريم على غرماء أو وارث على ورثة أو موصى له على موصى

351 لهم، وأما إذا طرأ الغريم على الورثة فإنه يرجع على/ المليء منهم بجميع الدين حتى يستوفي جميع ما أخذه الوارث ثم يتبع الوارث بقية الورثة، سواء علموا بالدين أو لم يعلموا، ومثله في الإشكال قوله بعد ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا.

قال في كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دورا ورقيقا وصاحب الدين غائب فجهل الورثة أن الدين قبل القسمة أو لم يعلموا بالدين فاقتسموا ميراثه، ثم علموا بالدين فالقسمة ترد حتى [يوفى[501]] الدين [إن[502]] كان ما اقتسموا قائما، فإن أتلف بعضهم حظه وبقي في يد بعضهم حظه فلرب الدين أخذ دينه مما بيده، فإن كان دينه أقل مما بيده أخذ قدر دينه وضم ما بقي بيد هذا الوارث بعد الدين إلى ما أتلف بقية الورثة [فكان[503]] هو التركة، وما بقي بيد الغارم كان له، ويتبع جميع الورثة بتمام موروثه من مال الميت بعد الدين إن بقي له شيء، ويضمن كل وارث ما أكل وما استهلك مما أخذ وما باع فعليه ثمنه إن لم يحاب.

قال مالك: وما فات بأيديهم من حيوان أو هلك بأمر من الله من عرض وغيره فلا ضمان على من هلك ذلك بيده، وضمانه من جميعهم. قال ابن القاسم: لأن القسمة كانت بينهم باطلة للدين الذي على الميت.

ثم قال: وإن قسم القاضي بينهم ثم طرأ دين انتقضت القسمة كقسمتهم بغير أمر قاض وهم رجال. ثم قال بعد هذا: وإذا طرأ على الورثة وارث أو موصى له بالثلث بعد القسم والتركة عين أو عرض فإنما يتبع كل واحد بقدر ما صار إليه من حقه إن قدر على قسم ما بيده من ذلك، ولا يكون لهذا الوارث الذي طرأ على ورثة الميت أن يتبع المليء بما على المعدم، وليس كغريم طرأ على وارث ولكن كغريم طرأ على غرماء، ولو قسموا مال الميت أجمع وأعدم بعضهم فلا يتبع المليء إلا بما عنده من حصته بالحصاص وإن كانت التركة دورا وليس فيها عين فاقتسمها الورثة ثم قدم وارث أو موصى له بثلث نقض القسم كانوا قد جمعوا الدور في القسم أو قسموا كل دار على حدة، ولو قدم موصى له بدنانير أو دراهم والثلث يحملها كان كلحوق دين [أدوه[504]] أو نقض القسم، ولا يجبر الورثة على أدائه من مالهم

الحديث ....

[500] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 350 ويحيى169 والشيخ270 ومايابى27.

[501] *- في المطبوع يستوفي وما بين المعقوفين من م125 وسيد57 ويحيى160 ومايابى27 والشيخ270.

[502] – في المطبوع وان وما بين المعقوفين من ذي ص351 وم125 وسيد57 ويحيى160 ومايابى27 والشيخ270.

[503] *- في المطبوع فإن كان وما بين المعقوفين من م125 وسيد57 ويحيى160 ومايابى27 والشيخ270.

[504] – في المطبوع أدون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 والشيخ270.

نص خليل ....

متن الحطاب وما ل الميت قائم. ثم قال: ولو طاع أكثرهم بأداء الوصية والدين وأبى أحدهم، وقال انقضوا القسم وبيعوا لذلك واقتسموا ما بقي فذلك له، ثم قال ولو دعوا إلى نقض القسم إلا واحدا، قال أنا أؤدي جميع الدين أو الوصية عينا كانت أو طعاما ولا أتبعكم بشيء ولا تنقضوا القسم لرغبته في حظه وقد قسموا ربعا وحيوانا فذلك له. انتهى. وعلم أن التفريق بين كون المقسوم عينا أو مثليا وكونه كدار إنما ذكره ابن الحاجب فيما إذا طرأ وارث على مثله، ولكنه يفهم من كلام غيره، وصرح به في اللباب قال: وإذا طرأ دين على القسمة يغترق التركة أخذ ذلك من يد الورثة وإن كان لا يغترقها وكلهم حاضر موسر غير ملد أخذ من كل واحد ما ينوبه، وإن كان بعضهم غائبا أو معسرا أو ملدا أخذ دينه من الحاضر الموسر غير الملد ويتبع هو أصحابه، وإن كانت التركة عقارا أو رقيقا فسخت حتى يوفى الدين علموا به أو لم يعلموا. قاله في المدونة.

وقال أشهب وسحنون لا يفسخ ويفض الدين على ما بأيديهم [بالحصص،[505]] وإذا طرأ غريم آخر رجع على الغرماء، ولا يرجع على الموسر بما على المعدم ولا يرجع على الورثة إذا لم يعلموا بدين الطارىء ولا كان موصوفا بالدين ولو فضل بأيديهم شيء رجع عليهم به ويرجع بما بقي على الغرماء، وإذا طرأ وارث والتركة عين فيرجع على كل واحد بما ينوبه، فإذا كان [فيهم معسر أخذ من[506]] الموسر ما نابه فقط قاله ابن القاسم، وقيل بل يقاسم الموسر فيما صار إليه ويتبعان المعسر معا، ولو ترك دارا فاقتسماها ثم طرأ وارث خير في نقض القسم أو يشارك كل واحد فيما صار إليه.

اهـ. ومسألة بيع الورثة تقدمت في التفليس في شرح قول المصنف في باب التفليس: "واستؤني به إن عرف بالدين في الموت فقط"، وتقدم الكلام عليها، وقال هنا في/ كتاب القسمة من المدونة: ومن هلك وعليه دين وترك دارا بيع منها بقدر الدين ثم اقتسم الورثة باقيها إلا أن يخرج الورثة الدين من أموالهم فتبقى لهم الدار يقتسمونها. قال أبو الحسن: إذ لا حجة للطالب إلا في دينه كما لو أداه أجنبي لم يكن له مقال، وظاهره وإن كانت أموال الورثة غير طيبة. الشيخ: أما إن كانت أموالهم غير طيبة فله مقال إذا كان مال الميت أطيب منها. انظر بقية كلامه. 352

تنبيه: قال ابن غازي: اشتمل كلامه -يعني المصنف- على ثمانية أنواع من الأحد عشر نوعا التي في المقدمات، وكأنه أسقط الثلاثة لرجوعها للثمانية كما أشار إليه في المقدمات. انتهى.

قلت: والثلاثة الباقية هي: طرو الغريم على الغرماء والورثة، فإن كان فيما أخذه الورثة كفاف دين الغرماء رجع عليهم كما تقدم في طرو الغريم على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف دينه رجع على الغرماء بقيمة دينه كالعمل في رجوع الغريم على الغرماء، والثانية طرو الموصى له بجزء على الموصي له بجزء وعلى الورثة، والحكم فيها إن كان [في[507]] ما أخذه الورثة زائدا على [الثلثين[508]]

الحديث ....

---

[505] *- في المطبوع في الحصص وما بين المعقوفين من م125 وسيد57 ويحيى160.

[506] - في المطبوع كان معسرا أخذ فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 351 وم ويحيى170 والشيخ270 ومايابى28.

[507] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 وم ويحيى170 والشيخ271 ومايابى28.

[508] - في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 ويحيى170 والشيخ271 ومايابى28.

نص خليل وَإِنْ طَرَأَ غَرِيمٌ أو وَّارِثٌ أَوْ مُوصًى لَهُ عَلَى مِثْلِهِ أَوْ مُوصًى لَهُ بِجُزْءٍ عَلَى وَارِثٍ اتُّبِعَ كُلٌّ بِحِصَّتِهِ وَأُخِّرَتْ لاَ دَيْنٌ لِحَمْلٍ وَفِي الْوَصِيَّةِ قَوْلاَنِ.

متن الحطاب كفاف الجزء الطارىء كان كطرو الموصى له بجزء على الورثة، وإن لم يكن فيه كفاف رجع بالباقي على الموصى لهم، والثالثة طرو الغريم على الورثة والموصى لهم بأقل من الثلث، والحكم فيها أن ينظر، فإن كان ما قبضه الموصى له [يخرج[509]] من الثلث بعد أداء الدين فلا رجوع للغريم عليه إلا في عدم الورثة، وإن كان لا يخرج من الثلث بعد ذلك فيرجع بالزائد على الثلث على من وجد من الموصى لهم مليئا، وأما قدر الثلث فلا يرجع به على الموصى له إلا في عدم الورثة. والله أعلم.

ص: **وإن طرأ غريم أو وارث أو موصى له [بعدد[510]] على مثله أو موصى له بجزء على وارث اتبع كلا بحصته** ش: هذا إذاكان المقسوم عينا، وأما إن كان دارا فإن للوارث نقض القسمة. قاله في المدونة وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: ولو طرأ وارث والمقسوم كدار فله الفسخ، وإن كان المقسوم عينا رجع عليهم، ومن أعسر فعليه إن لم يعلموا به، وقال أشهب من أعسر فعلى الجميع. قال في التوضيح: قوله: "فله الفسخ" أي وله أن يكون شريكا لكل واحد بما ينوبه. انتهى. وقد تقدم لفظ المدونة ولفظ اللباب لابن راشد فتأمله. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الشهادات: سئل المازري عمن قسم موروثه من ربع أو غيره بمعاينة أو غيرها ثم أخرج ولد الميت كتابا بخط الميت أنه صار له ربع من التركة بمبايعة وطلب القيام فهل يحلف أنه لم ير هذا الكتاب إلا الآن، وأنه لم يسقط حقه بعد عثوره؟ فأجاب: يحلف بعد القسمة أنه لم يعلم بالكتاب إلا الآن؛ لأن ظاهر القسمة تسليم الأملاك المقتسمة إلا أن يثبت [الطالب[511]] أنه من أهل العدالة والدين بحيث لا يتهم، وأما حلفه أنه لم يسقط حقه بعد عثوره على الكتاب فيلزم إلا أن يظهر من طول زمانه بعد عثوره وقرائن الأحوال ما يستراب به حاله في إسقاط حقه فينظر في هذا. انتهى. وقال في النوادر: ومن كتاب ابن سحنون: سئل عمن ادعى دارا بيد امرأة أبيه أنها لأبيه تركها [بين ورثته[512]] وسماهم، ثم جاء ببينة أخرى أن أباه أشهد له في صحته بنصفها صيرها إليه في حق له قِبَلَهُ من قبل ميراثه من أمه وذلك عند خروجه إلى الحج ثم رجع فسكنها حتى مات، فقال له الحاكم قد ادعيتها أولا ميراثا والآن لنفسك، فقال لم أعلم بهذه البينة الأخيرة، فقال سحنون لا يقبل منه لأنه كذب بينته بدعواه الأولى. انتهى. فتأمل ذلك مع ما تقدم. والله أعلم.

ص: **وأخرت لحمل لا دين وفي الوصية قولان** ش: يعني أن القسمة تؤخر إذا كان في الورثة حمل، ولا تقسم التركة/ حتى يوضع الحمل [أكمل[513]] وإن قال له الورثة نحن نجعل الحمل ذكرا ونعزل له ميراثه. قال ابن رشد: باتفاق، وأما قضاء الدين فلا يؤخر ويؤدى باتفاق، وفي إنفاذ الوصية 353

الحديث ....

509 *- في المطبوع بجزء وما بين المعقوفين من م125 وسيد57 ومايابى28 ويحيى160 والشيخ271.

510 - ساقطة من المطبوع ومايابى28 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352.

511 *- في المطبوع المطالب وما بين المعقوفين من يحيى160.

512 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 352 والشيخ272 ويحيى171 ومايابى29.

513 - ساقطة من المطبوع والنسخ اليدوية وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص 353.

نص خليل ....

متن الحطاب قولان، هكذا حصل ابن رشد في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب من كتاب القسمة، وذكر فيه عن ابن أيمن أن الدين يؤخر أيضا، واعترضه وقال إنه من الغلط الذي لا يعد خلافا، ولا حجة له. قال ابن عرفة في تغليطه ابن أيمن: وقوله: "لا حجة [له فيه"[514]] نظر، بل هو الأظهر، وبه العمل عندنا، ودليله من وجهين: الأول: أن الدين لا يجوز قضاؤه إلا بحكم قاض، وحكمه يتوقف على ثبوت موت المديان وعدد ورثته، ولا يتصور عدد ورثته إلا بوضع الحمل، فالحكم متوقف عليه، وقضاء الدين متوقف على الحكم، والمتوقف على متوقف على أمر متوقف على ذلك الأمر. الثاني: أن حكم الحاكم [بالدين[515]] متوقف على الإعذار لكل الورثة والحمل من جملتهم، ولا يتقرر الإعذار في جهته إلا بوصي [أو مقدم،[516]] وكلاهما يستحيل قبل وضعه فتأمله. انتهى من آخر كتاب الفرائض من مختصره. وذكرها هناك تبعا لابن الحاجب.

قلت: ما استدل به لابن أيمن مبني على أنه لا يكفي في الحكم [بالدين[517]] ثبوت عدد الورثة الموجودين والحمل، وأنه لا يكون للحمل وصي ولا ولي، وابن رشد لا يسلم ذلك، وهو الظاهر، وقد صرح في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الدعوى والصلح بأن للناظر للحمل أن يصالح الزوجة على ميراثها إذا لم يكن فيه غرر؛ كأن يترك زوجة حاملا وبنين، ونصه: ولا خلاف عندي في أن للناظر للحمل أن يجيز الصلح عليه ويمضيه إذا رآه نظرا له ولم يكن فيه غرر ولا فساد لعلم الزوجة بنصيبها ولا في أن للناظر للحمل أن يصالح الزوجة عنه قبل أن يوضع إذا كان نصيبها معلوما. انتهى.

وذكر في رسم العتق الثاني من سماع أشهب أن الورثة إذا عزلوا للحمل ميراثه على أنه ذكر وقسموا بقية الميراث لم يكن لهم رجوع على ما عزلوه للحمل إن نقص ما بأيديهم أو هلك، وإن تلف ما وقفوه له رجع عليهم إن وجدهم أملياء، وإن أعدم بعضهم رجع على الأملياء فقاسمهم فيما بأيديهم ثم رجع هو وهم على الغدماء، فإن نما ما بأيديهم كان له الرجوع في ذلك؛ لأن قسمهم لا يجوز عليه، ولو نما ما وقفوه له لم يكن لهم في ذلك قول؛ لأنهم قد رضوا بما أخذوا، فالقسمة تجوز عليهم ولا تجوز عليه، ولو كان للحمل ناظر قسم عليه لجازت القسمة لهم وعليهم، وقال بعد فيمن ترك زوجة حاملا وأبوين: الواجب أن يوقف الميراث حتى تضع، فإن ترك الميت ولدا وجعلوا الحمل ذكرا وعزلوا له ميراثه واقتسموا ما بقي [كان قياسها،[518]] والحكم فيها على ما تقدم في المسألة التي قبلها. انتهى. يعني ما تقدم، وقال في رسم الأقضية قبله: قال مالك في المبسوط: فإن جهل الورثة فأعطوها ميراثها ثم تلف المال بعد ذلك لم أر أن يرجعوا عليها بشيء مما أعطوها.

الحديث ....

---

514 *- في المطبوع فيه له وما بين المعقوفين من ن عدود ص353.

515 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 ويحيى171 والشيخ272 ومايابى29.

516 *- في المطبوع ومقدم وما بين المعقوفين من م126 وسيد57 ومايابى29 ويحيى161 والشيخ272.

517 - في المطبوع بالحمل ومايابى29 وم (ويحيى171 في الحمل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 353 والشيخ272.

518 *- في المطبوع ويحيى161 وسيد57 وم125 والشيخ273 ومايابى29 كانت مقاسمتهما وما بين المعقوفين من البيان ج14 ص488.

نص خليل وَقَسَمَ عَنْ صَغِيرٍ أَبٌ أو وَّصِيٌّ وَمُلْتَقِط كَقَاضٍ عَنْ غَائِبٍ لاَ ذِي شُرْطَةٍ أَوْ كَنَفَ أَخًا أَوْ أَبٍ عَنْ كَبِيرٍ وَإِنْ غَابَ وَفِيهَا قَسْمُ نَخْلَةٍ وَزَيْتُونَةٍ إنِ اعْتَدَلَتَا وَهَلْ هِيَ قُرْعَة وَجَازَتْ لِلْقِلَّةِ أَوْ مُرَاضَاة تَأْوِيلاَن.

متن الحطاب قال ابن القاسم مفسرا لقول مالك: أما من قاسمها فلا يرجع عليها بشيء، وأما الحمل فله أن يرجع على من كان من الورثة مليا [فيقاسمهم[519]] ما في أيديهم ويتبع هو وهم المعدمين؛ لأنهم فعلوا ما لا يجوز لهم، ولو أعطاها الورثة والناظر لليتيم ثمنها أو صالحوها عنه لجاز ذلك، ولم يكن للورثة [ولا للحمل[520]] رجوع عليها بما تلف من المال أو هلك أو نقص. انتهى. وقال في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر نحو ما ذكره في سماع أشهب من كتاب القسمة ما نصه: ومن قول ابن القاسم في المدونة وغيرها أن من أثبت حقا على صغير قضي له به عليه، ولم يجعل للصغير وكيل يخاصم عنه في ذلك، فإذا قضي على الصغير بعد وضعه من غير أن يقام له وكيل فلا معنى لانتظار وضع الحمل لتأدية دين الميت، وهذا كله بين لا ارتياب فيه. انتهى. وقال فيه: ولو كانت الوصية إنما هي بعدد من دنانير أو دراهم لوجب أن يعجل تنفيذ الوصية وتؤخر قسمة بقية

354 المال حتى/ يوضع الحمل قولا واحدا؛ إذ لا اختلاف في أن الوصية بالعدد كالدين في وجوب إخراجها من التركة قبل القسمة. انتهى.

فرع: فلو خلّف الميت عقارا وأراد بعض الورثة أن يبيع ما خصه منه مما هو له على كل حال كما لو أرادت الزوجة بيع الثمن ونحو ذلك فلم أر الآن فيه نصا صريحا، والظاهر أنه جار على القسمة فعلى المشهور لا يجوز، وإن وقع جاز عليها وعلى من معها من الكبار، ولا يجوز على الحمل إلا أن يجيزه الناظر على الحمل. والله أعلم. وتقدم كلام الشامل في بيع الورثة قبل قضاء الدين في باب التفليس وكلام المدونة وأبي الحسن، وانظر البرزلي في مسائل القسمة.

ص: وقسم عن صغير أب أو وصيه ش: اعلم أنه إذا كان الصغير متحدا وشريكه كبير أو [أجنبي[521]] فإنه يجوز قسم الوصي من غير مطالعة حاكم بلا خلاف، وأما إذا تعدد الصغار وكان الشريك كبيرا فإن كان حظ الصغار مشتركا جاز القسم أيضا بلا خلاف، وإن كان حظ كل واحد متميزا فاختلف فيه على قولين؛ بالجواز والكراهة، وأما إذا كان القسم إنما هو بين الصغار فقط ففي ذلك ثلاثة أقوال: مذهب المدونة عدم الجواز، وقيل بالكراهة، وقيل بالجواز. والله أعلم. وأما إن كان القسم بين الأب وبنيه أو بين الوصي ومحاجيره فقال ابن ناجي في شرح قول المدونة: ويقاسم عن الصغير أبوه أو وصيه. أبو إبراهيم الأعرج: أي مع الأجانب، وأما مع الأب أو الوصي فليرفع إلى القاضي. انتهى. وقال ابن عرفة: وسمع القرينان قوله لامرأة وصية على ولدها: خذي ثمن المتروك، واقسمي ما بقي بأمر العدول لا السلطان. ابن رشد: ظاهره جواز قسمها لنفسها على أولادها بأمر العدول دون السلطان، والمشهور المعلوم أنه لا يجوز إلا بأمر السلطان، فإذا فعلت نقض قسمها إلا أن يجيزه السلطان، وقيل يجوز إن علم

الحديث ....

---

[519] *- في المطبوع فليقاسمهم وما بين المعقوفين من الشيخ273 وسيد57 ومايابى30 والبيان ج14 ص458.

[520] *- في المطبوع وللحمل وما بين المعقوفين من م126 والشيخ273 ويحيى161 وسيد57 ومايابى30 والبيان ج14 ص458.

[521] - في المطبوع أجنبيا ويحيى171 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 354 وم والشيخ273 ومايابى30.

نص خليل **باب الْقِرَاضُ تَوْكِيلُ عَلَى تَجْرٍ فِي نَقْدٍ.**

متن الحطاب السداد والنظر فيه لهم، وهو قوله في هذا السماع: لأنه إنما شرط العدول ليشهدوا بالسداد. انتهى. والمسألة في سماع أشهب وابن نافع في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: المتيطي: قسم الوصي على يتيمه بالسهم جائز، وفي جواز قسمه عليه مراضاة بالتعديل قولا ابن أبي زمنين مع ابن القطان والباجي محتجا بمسألة الرهون وابن الهندي./ انتهى. 355

ومقتضى كلامه أن القول بعدم الجواز لابن الهندي فقط، وقال قبله المتيطي: إن شركهم الوصي مع غيرهم ففي جواز مقاستهم له ومعهم الأجنبي مراضاة قول ابن أبي زمنين وغيره. والله تعالى أعلم.

ص: **باب القراض** ش: قال في المقدمات: القراض مأخوذ من القرض؛ وهو ما يفعله الرجل ليجازى عليه من خير أو شر، فلما كان صاحب المال والعامل فيه متفقين جميعا يقصد كل واحد منهما إلى منفعة صاحبه لينفعه هو اشتق له من معناه اسما وهو القراض والمقارضة لأنه مفاعلة من اثنين. هذا اسمه عند أهل الحجاز، وأهل العراق لا يقولون قراضا ألبتة ولا عندهم كتاب القراض، وإنما يقولون مضاربة وكتاب المضاربة، أخذوا ذلك من قوله تعالى: ﴿ وإذا ضربتم في الأرض ﴾ ﴿ وآخرون يضربون في الأرض ﴾ وذلك أن الرجل في الجاهلية كان يدفع إلى الرجل ماله على الخروج به إلى الشام وغيرها فيبتاع المتاع على هذا الشرط، وفي قول الصحابة لعمر رضي الله عنه في قصة عبد الله وعبيد الله: "لو جعلته قراضا" دليل على صحة هذه التسمية في اللغة؛ لأنهم هم أهل اللسان وأرباب البيان، وإذا كان يحتج في اللغة بقول امرىء القيس والنابغة فالحجة بقول هؤلاء أقوى وأولى. اهـ.

وفي الذخيرة: له اسمان القراض والمضاربة، أما لفظ القراض فقال صاحب العين: أقرضت الرجل إذا أعطيته ليعطيك، فالمقارض يعطي الربح كما يعطي المقترض مثل المأخوذ. قال غيره: هو من المقارضة وهي المساواة، ومنه تقارض الشاعران إذا تساويا في الإنشاد لأنهما يستويان في الانتفاع بالربح، وقيل من القرض الذي هو القطع لأنك قطعت له من مالك قطعة وهو قطع [لك جزأ[522]] من الربح الحاصل بسعيه، وسمي مقارضا مع أن المفاعل لا يكون إلا من المفاعلة التي لا تكون إلا من اثنين إما لأن كلا منهما يساوي صاحبه في الربح أو يقطع له مما تحت يده، أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز؛ من باب التعبير بالمتعلق عن المتعلق، أو هو من الصيغ التي لا تقتضي المشاركة نحو سافر وعافاه الله وطارقت النعل إذا جعلته طاقا على طاق، وأما المضاربة فهو إما أن كليهما يضرب في الربح بنصيب، وإما من الضرب في الأرض الذي هو السفر. قال ابن عطية في تفسيره: فرق بين ضرب في الأرض وضرب الأرض أن الأول للتجارة والثاني للحج والغزو والقربات؛ كأنه للتجارة منغمس في الأرض ومتاعها فقيل ضرب فيها، والمتقرب إلى الله تعالى بريء من الدنيا فلم يجعل فيها، وسمي مفاعلة على أحد التأويلات المتقدمة في المقارض، والمقارض بالكسر رب المال، وبالفتح العامل، والمضارب بالكسر العامل عكس الأول؛ لأنه هو الذي يضرب بالمال

الحديث ....

---

[522] – في المطبوع مما تحت يده أو لاشتراكهما في العقد على سبيل المجاز من باب وما بين المعقوفين من ن عدود ص355 ويحيى172 والشيخ274 ومايابى31.

نص خليل ....

متن الحطاب قال بعض اللغويين: ليس لرب المال اسم من المضاربة بخلاف القراض. اهـ . وفي اصطلاح الفقهاء ما قال المؤلف: "توكيل الخ" وعدل عن أن تكون إجارة كما قال ابن الحاجب لسلامة ما قال المؤلف من بعض ما ورد عليه. قال في التوضيح: أورد على حده أنه غير مانع وغير جامع، أما عدم منعه فلأنه لا ينعقد بلفظ الإجارة، فلو قال أجرتك على هذا التجر في هذا المال بجزء من ربحه صدق عليه الحد وليس بقراض، وأيضا فلو [أجره[523]] على التجر إلى أجل أو قارضه بعروض لم يكن قراضا صحيحا، وأما عدم جمعه فلأنه يجوز القراض على أن يكون الربح لغيرهما أو لأحدهما، وأجيب عن عدم منعه بأن حقيقة القراض ما ذكره، وكونه لا ينعقد بلفظ الإجارة شرط في الصيغة، وكذا كونه لا يكون إلى أجل شرط في العمل، وكذا كونه لا يكون بعرض شرط في المال والشرط / لا يتوقف تصور الماهية عليه، وأجيب عن عدم جمعه بأن الصورة [المعترض[524]] بها إنما هي من باب التبرعات، وإطلاق القراض عليها مجاز. انتهى. وقال ابن عرفة: القراض تمكين مال لمن يتجر به بجزء من ربحه لا بلفظ إجارة فيدخل بعض الفاسد كالقراض بالدين والوديعة، ويخرج عنه قولها: قال مالك: من أعطى رجلا ما لا [يعمل[525]] به على أن الربح للعامل ولا ضمان على العامل لا بأس به. عياض: قال سحنون: هو ضامن كالسلف. فضل: هذا إن لم يشترط أن لا ضمان عليه. محمد: إن قال خذه قراضا فهو ضامن.

356

الباجي: يجوز شرط كل الربح لأحدهما في مشهور مذهب مالك، وإن أريد إدخاله على أنه قراض قيل عقد على التجر بمال [بعوض[526]] ليس من غير ربحه. انتهى. ويخرج من الأخير ما إذا شرط الربح لرب المال فتأمله. والله أعلم. وحكمه قال في التوضيح: لا خلاف بين المسلمين في جوازه، وهو مستثنى من الإجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة، [وهو كقول القاضي في التنبيهات: لا خلاف في جواز القراض، وأنه رخصة مستثناة من الاجارة المجهولة، ومن السلف بمنفعة[527]] وهو معنى قول بعض شيوخنا إنه سنة أي أباحته السنة والرخصة فيه جائزة بالسنة لا بمعنى السنة التي يحض على [امتثالها،[528]] ولهذا قال ابن عبد الحكم: لا أقول هي سنة. انتهى.

قال ابن عرفة: وقول عياض: "هي مستثناة من السلف بمنفعة" يرد بأنه ليس بمضمون، وكل سلف مضمون. انتهى. وحكمة مشروعيته قال في المقدمات: والقراض مما كان في الجاهلية فأقر في الإسلام لأن الضرورة دعت إليه لحاجة الناس إلى التصرف في أموالهم وتنميتها بالتجارة فيها، وليس كل أحد يقدر على ذلك بنفسه، فاضطر فيه إلى استنابة غيره، ولعله لا يجد من يعمل له فيه بإجارة لما جرت عادة [الناس في ذلك[529]] على القراض، فرخص فيه لهذه

الحديث ....

523 *- في الشيخ274 وسيد58 ءاجره.

524 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 والشيخ274 ويحيى172 ومايابى31-32.

525 *- في الشيخ274 ليعمل.

526 *- في المطبوع والشيخ275 وسيد58 العوض وفي م127 ومايابى31 لعوض وما بين المعقوفين من يحيى162.

527 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى172 والشيخ275 ومايابى32.

528 *- في المطبوع وم127 والشيخ275 ومايابى32 وسيد58 أمثالها وما بين المعقوفين من يحيى162.

529 – في المطبوع فيه في ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى172 ومايابى32.

نص خليل ....

متن الحطاب

الضرورة واستخرج بسبب هذه العلة من الإجارة المجهولة على نحو ما رخص فيه في المساقاة وبيع العرية والشركة في الطعام والتولية فيه. انتهى.

فائدة: قال في المقدمات: أول قراض كان في الإسلام قراض يعقوب مولى الحرقة مع عثمان رضي الله عنه، وذلك أن عمر رضي الله عنه بعث من يقيم من السوق من ليس بفقيه، فأقيم يعقوب فيمن أقيم فجاء إلى عثمان فأخبره، فأعطاه [مزود تبر[530]] قراضا على النصف، وقال إن جاءك من يعرض لك فقل له المال لعثمان فقال ذلك فلم يقم فجاء بمزودين مزود رأس المال ومزود ربح، ويقال إن أول قراض كان في الإسلام قراض عبد الله وعبيد الله ابني عمر بن الخطاب رضي الله عنهم خرجا في جيش إلى العراق، فلما قفلا مرا على أبي موسى الأشعري وهو أمير البصرة فرحب بهما وسهل ثم قال: لو أقدر لكما على أمر أنفعكما به لفعلت ثم قال: [بل[531]] ها هنا مال من مال الله أريد أن أبعث به إلى أمير المؤمنين فأسلفكماه فتبتاعان به متاعا من متاع العراق، ثم تبيعانه بالمدينة فتؤديان رأس المال إلى أمير المؤمنين ويكون لكما الربح فقالا: وددنا ففعل، وكتب إلى عمر رضي الله عنه أن يأخذ منهما المال فلما قدما باعا فربحا، فلما دفعا ذلك إلى أمير المؤمنين قال: أكل الجيش أسلفه مثل الذي أسلفكما؟ قالا: لا. فقال عمر: ابنا عمر أمير المؤمنين فأسلفكما، أديا المال وربحه، فأما عبد الله فسكت، وأما عبيد الله فقال: ما ينبغي لك يا أمير المؤمنين هذا، لو هلك المال أو نقص لضمناه فقال عمر: أدياه فسكت عبد الله، وراجعه عبيد الله فقال رجل من جلساء عمر يا أمير المؤمنين لو جعلته قراضا. فقال عمر: قد جعلته قراضا فأخذ عمر رأس المال ونصف ربحه وأخذ عبد الله وعبيد الله نصف الربح[1]. انتهى.

قال في الذخيرة: ويقال إن الرجل عبد الرحمن بن عوف، ثم قال: سؤال: أبو موسى حاكم عدل وقد تصرف بوجه المصلحة؛ لأن المال يصير مضمونا في الذمة فهو أولى من بعثه على وجه الأمانة مضافا إلى [اكرام[532]] من ينبغي إكرامه، فهو تصرف جامع للمصالح فيتعين تنفيذه، وعدم الاعتراض عليه جوابه أن عدم التعرض إنما هو بين النظراء من الأمراء، أما الخليفة فله / النظر في أمر نوابه وإن كان سدادا، أو نقول كان في هذا التصرف تهمة تتعلق بعمر بسبب أنه إكرام لبنيه فأراد إبطالها والذب عن عرض الإمامة بحسب الإمكان. انتهى. وقوله: "قد تصرف فيه بوجه المصلحة لأن المال يصير مضمونا في الذمة" فيه نظر؛ لأنه لو كان الدفع لهذا القصد أو له ولغيره كان هذا هو السفاتج، والمشهور من مذهب مالك أنه غير جائز، ولهذا قال الباجي في شرح هذا الأثر من الموطأ: لم يرد رضي الله عنه إحراز المال في ذمتهما، وإنما أراد منفعتهما بالسلف ومن مقتضاه ضمانهما المال، وإنما يجوز السلف لمجرد منفعة [المتسلف.[533]] ثم قال: وسواء كان المسلف صاحب المال أو غيره [ممن[534]] له النظر عليه من إمام أو قاض أو وصي أو أب فلا يجوز للإمام أن يسلف شيئا من مال المسلمين ليحرزه في ذمة

357

الحديث

1- الموطأ بتنوير الحوالك، كتاب القراض، رقم الحديث 1396، باب ما جاء في القراض.

530 – في المطبوع مزودتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 ويحيى172 والشيخ275 ومايابى32.
531 *-الذي في الموطإ ثم قال بلى.
532 – في المطبوع الحرام وما بين المعقوفين من ن عدود ص 356 وم ويحيى173 والشيخ275 ومايابى32.
533 – في المطبوع التسلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 والشيخ275 ويحيى173 ومايابى32.
534 – في المطبوع ضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى173 والشيخ275 ومايابى32.

نص خليل ....

متن الحطاب المتسلف، وكذلك القاضي والوصي. ثم قال: وفعل أبي موسى هذا يحتمل وجهين: أحدهما أن يكون فعل هذا لمجرد منفعة عبد الله وعبيد الله، وجاز له ذلك وإن لم يكن الإمام فوض له لأن المال كان بيده بمنزلة الوديعة لجماعة المسلمين فاستسلفه بإسلافهما إياه، فلو تلف المال ولم يكن عند عبد الله وعبيد الله وفاء لضمنه أبو موسى، والوجه الثاني أن يكون لأبي موسى النظر في المال بالتثمير والإصلاح، وإذا أسلفه كان لعمر الذي هو الإمام تعقب فعله، فتعقبه ورده إلى القراض. انتهى.

نكتة: قال في المنتقى أيضا: وقول عمر: "أكل الجيش أسلفه" الخ تعقب منه لفعل أبي موسى، ونظر في تصحيح أفعاله وتبيين لموضع المحظور منه؛ لأنه لا يخفى على عمر أنه لم يسلف كل أحد من الجيش، وإنما أراد أن يبين لابنيه موضع المحاباة لموضعهما من أمير المؤمنين، وهذا مما كان يتورع عنه أن يخص [أحد[535]] من أهل بيته أو ممن ينتمي إليه بمنفعة من مال المسلمين لمكانه منه، وقوله: "أديا المال وربحه" نقض منه لفعل أبي موسى وتغيير لسلفه. قال ابن دينار: وإنما كره تفضيل أبي موسى لولديه [ولم[536]] يكن يلزمهما [ذلك[537]] وهذا على قولنا إن أبا موسى استسلف المال وأسلفهما إياه لمجرد منفعتهما، وأن المال كان بيده على وجه الوديعة، وأما إذا قلنا إنه بيده على وجه التثمير والإصلاح فإن لعمر تعقبه والتكلم فيه، والنظر في ذلك لهما وللمسلمين بوجه الصواب، وقوله لولديه بعد [احتجاج عبيد الله: أديا[538]] المال وربحه إعراض عن حجة عبيد الله لأن المبضع معه يضمن البضاعة إذا اشترى بها لنفسه، وإن دخلها نقص جبره، ومع ذلك فإن ربحها لرب المال. انتهى باختصار.

تنبيه: قال في الذخيرة: سؤال كيف يمكن جعله قراضا بعد ما كان قرضا، وإلزام ذلك في القرض خلاف الإجماع وأكل المال بالباطل؛ لأن الربح ملك للمقترض إجماعا فأخذه غصب؟ جوابه: قال الطرطوشي في سراج الملوك: جعل عمر رضي الله عنه [انتفاعه[539]] [بجاه[540]] العمل للمسلمين له نصف الربح؛ كأن المسلمين ساعدوهما في ذلك وهو مستنده في تشطير عماله في أموالهم فهو كالقراض. انتهى. وإيراد السؤال على هذا الوجه إذا تؤمل لا يخلو من نظر؛ لأنه قد قرر أن لعمر رضي الله عنه نقض فعل أبي موسى فله أخذه جميع الربح، وينبغي أن يقال كيف يمكن أن يكون قراضا وهما إنما دخلا على أنه قرض؟ وغاية ما هناك أنه كان لعمر رد فعل أبي موسى وإمضاؤه فإما

الحديث ....

[535] *- في يحيى163 والشيخ276 أحدا.

[536] – في المطبوع وم127 ولو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 والشيخ276 ومايابى33 ويحيى163.

[537] – ساقطة من المطبوع وم167 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 357 ويحيى173 والشيخ276 ومايابى33.

[538] *- في المطبوع اجتماع عبيد الله وعبد الله أديا وما بين المعقوفين من يحيى163 وم127 والشيخ276 ومايابى33 وسيد58.

[539] – في المطبوع ويحيى173 ومايابى33 انتفاعهم وكذلك في الذخيرة ج5 ص165 وما بين المعقوفين من ن ذي ص357 والشيخ276 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ ومطبوعة الذخيرة والصواب (انتفاعهما).

[540] *- في يحيى163 تجارة وفي هامشه تجاه نسخة.

نص خليل مَضْرُوبٍ مُسَلَّمٍ بِجُزْءٍ مِنْ رِبْحِهِ إنْ عُلِمَ قَدْرُهُمَا.

متن الحطاب أن يرد الجميع أو يمضي الأمر على ما هو عليه فالجواب عنه ما قال الباجي، ونصه: والقراض الذي أشار إليه الرجل من جلساء عمر أحد نوعي الشركة يكون فيها المال من أحد الشريكين والعمل من الثاني، والنوع الثاني من الشركة أن يتساويا في المال والعمل. انتهى. والله الموفق.

ص: مضروب ش: ظاهره أن المضروب يجوز القراض به كان التعامل به أو [بالتبر؛[541]] كما لو فرض أن السكة المضروبة لا يتعامل بها في بلد أصلا كما في غالب بلاد السودان على ما قيل، وقد نقل الشيخ زروق في شرح الرسالة عن التنبيهات أنه لا يجوز القراض / به حينئذ، ولعله فهمه من كلامه، 358 فإني لم أر من صرح به لا في التنبيهات ولا في غيرها؛ لأن القاضي قال: ولا خلاف أنه جائز بالدنانير والدراهم، غير جائز بالعروض ما كانت، واختلفوا في الشروط التي بها يصح، فعندنا أن شروطه عشرة نقد رأس المال للعامل، وكونه معلوما، وكونه غير مضمون على العامل، وكونه مما يتبايع به أهل [بلدهما[542]] من العين مسكوكا كان أو غير مسكوك ومعرفة الجزء الذي تقارضا عليه من ربحه وكونه مشاعا لا مقدرا بعدد ولا تقدير، وأن لا يختص أحدهما بشيء معين [عن من سواه[543]] إلا ما يضطر إليه العامل من نفقة ومؤنة في السفر واختصاص العامل بالعمل، وأن لا يضيق عليه بتحجير أو بتخصيص يضر بالعامل وأن لا يضرب له أجل . انتهى. فقوله: "وكونه مما يتبايع به" الخ ربما يفهم منه ما قاله الشيخ زروق

تنبيه: قال أبو الحسن الصغير في قوله: "ولا تقدير": ذكر بعضهم أن ابن شاس فسره بأنه مثل ما قارض به فلان. انتهى. فتأمله. ثم قال بعد أن ذكر هذه الشروط: فإذا توفرت هذه الشروط جاز القراض، وإن اختل منها شرط فسد القراض. انتهى.

ص: مسلم ش: أي للعامل، واحترز به مما إذا شرط بقاء يده معه أو أمينا عليه، ومما لو قارضه بدين في ذمته، وقد زاد ابن الحاجب لإخراج ذلك قيدا آخر فقال: المال شرطه نقد معين معلوم مسلم. ثم قال: ولا يجوز بدين ولو أحضره. قال في التوضيح: هذا يتعلق بقوله: "معين" لأن الدين ليس بمعين، فلا يجوز لرب الدين أن يقول لمدينه اعمل بالدين الذي في ذمتك قراضا. مالك في المدونة: ولو أحضره إلا أن يقبضه منه ويعيده عليه. ابن القاسم: مخافة أن يكون أخره به ليزيده فيه. اللخمي: ولأنهما قد يظهران القراض ويبطنان أن ياتيه ربح من دينه فيكون فسخ دين في دين. اللخمي والمازري: وينزل منزلة القبض إحضاره مع الإشهاد. انتهى. وسيذكر ذلك المصنف

ص: إن علم قدرهما ش: تصوره واضح، وسيصرح المؤلف ببعض مفهومه، ومنه ما قال ابن عرفة وشرط ابن شاس كون المال معلوما قال: احترازا من دفع صرة عينا قراضا؛ لأن جهل المال يؤدي إلى جهل الربح واضح من مقتضى الروايات. انتهى. وفي الشامل: ولا يجوز بمجهول وزن.انتهى.

الحديث ....

---

[541] *- في المطبوع في التبر وما بين المعقوفين من م127 والشيخ276 ومايابى33 ويحيى163.

[542] *- في المطبوع وم127 وسيد58 بلد وما بين المعقوفين من الشيخ276 ومايابى33 وفي يحيى163 البلد.

[543] *- في المطبوع سواء وما بين المعقوفين من م128 ومايابى33 ويحيى163 وسيد58.

نص خليل وَلَوْ مَغْشُوشًا لاَ بِدَيْنٍ عَلَيْهِ وَاسْتَمَرَّ مَا لَمْ يُقْبَضْ أَوْ يُحْضِرْهُ وَيُشْهِدْ.

متن الحطاب ص: ولو مغشوشا ش: أشار بهذا لقول ابن الحاجب: ويجوز بالمغشوش على الأصح. انتهى. وظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب أن الأصح يجوز به مطلقا، ومقابله لا يجوز مطلقا، وكذا فهمه في التوضيح وقبله، وعزا مقابل الأصح لعبد الوهاب، وأن الباجي قيده ببلد لا يتعامل [بالمغشوش فيه. هذا معنى كلامه في التوضيح، والمنقول في المذهب في هذا الفرع أن القاضي أطلق المنع والباجي قيده، ولم يذكروا قولا بجواز القراض[544]] بالمغشوش مطلقا.

قال الباجي في المنتقى: مسألة: وأما المغشوش من الذهب والفضة فحكى القاضي أبو محمد أنه لا يجوز القراض به مضروبا كان أو غير مضروب، وبه قال الشافعي، وقال أبو حنيفة إن كان الغش النصف فأقل جاز، وإن كان أكثر من النصف لم يجز، واستدل القاضي بأن هذه دراهم مغشوشة فلم يجز القراض بها، أصل ذلك إذا زاد الغش على النصف، والذي عندي أنه إنما يكون ذلك إذا كانت الدراهم ليست بالسكة التي يتعامل الناس بها، فإذا كانت سكة التعامل فإنه يجوز القراض بها لأنها قد صارت عينا وصارت أصول الأثمان وقيم المتلفات، وقد جوز أصحابنا القراض بالفلوس فكيف بالدراهم المغشوشة؟ ولا خلاف بين أصحابنا في تعلق الزكاة بأعيانها، ولو كانت عروضا لم تتعلق الزكاة بأعيانها، وإن اعترض في ذلك أنه يجوز أن تقطع فتستحيل أسواقها فمثل ذلك يعترض في الدراهم

359 الخالصة إذا قطع التعامل بها. انتهى. ولم ينقل ابن عرفة / غيره، ونصه: ومنعه القاضي بالعين مغشوشة. الباجي: إلا حيث يتعامل بها لتقويم المتلف بها كالطيبة والاتفاق على تعلق الزكاة بها ومقابل ابن الحاجب تجوز بالمغشوش على الأصح، [وقبوله[545]] ابن عبد السلام بإطلاق يرد باتفاق القاضي والباجي على منعه حيث لا يتعامل به. انتهى. وقوله: "مقابل" لعله وقول ابن الحاجب وهو الذي يظهر من معنى الكلام، ويدل عليه نقل [ابن ناجي[546]] كلام ابن عرفة في شرح الرسالة، ولم يذكر في الجواهر ولا في الذخيرة غير كلام القاضي والباجي. فتأمله. وقال في الجواهر إثر كلام الباجي: والضابط لهذا الحكم أن كل ما تختلف قيمته بالارتفاع والانخفاض لا يجوز أن يجعل رأس المال؛ لأنه إذا رد بالأجرة إليه لم يتميز الربح إذ ربما ارتفعت قيمته فيستغرق رأس المال جميع الربح أو بعضه، أو تنقص قيمته فيصير بعض رأس المال ربحا. انتهى. والله أعلم.

ص: ما لم يقبض أو يحضره ويشهد ش: يحتمل أن يكون راجعا لقوله: "لا بدين" ويحتمل أن يرجع إلى قوله: "واستمر" وهو الظاهر من كلام ابن عبد السلام. قال في شرحه: لا يجوز أن يكون رأس المال دينا على العامل، ثم قال: فإن وقع ذلك وأحضر الدين قبل التجر به، وأشهد على وزنه، وزال عنه ضمانه وقبضه منه كان الربح بينهما والخسارة على رب المال. انتهى. وقوله: "ما لم يقبض" نحوه في المدونة، ومقتضاه أنه بمجرد القبض يصح القراض وإن أعاده بالقرب وهو كذلك، وانظر التوضيح وأبا الحسن. والله أعلم.

الحديث ....

---

[544] *- ما بين المعقوفين ساقط من المطبوع وقد ورد في الشيخ273 وم128 ومايابى34 ويحيى164.

[545] *- في المطبوع فقول وما بين المعقوفين من يحيى164 والشيخ277 ومايابى34 وم128.

[546] - في المطبوع الباجي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 359 ويحيى174 والشيخ277 ومايابى34.

نص خليل

وَلاَ بِرَهْنٍ أو وَّدِيعَةٍ وَلَوْ بِيَدِهِ وَلاَ بِتِبْرٍ لَّمْ يُتَعَامَلْ بِهِ بِبَلَدِهِ كَفُلُوسٍ وَعَرْضٍ إِنْ تَوَلَّى بَيْعَهُ كَأَنْ وَكَّلَهُ عَلَى دَيْنٍ أَوْ لِيَصْرِفَ ثُمَّ يَعْمَلَ فَأَجْرُ مِثْلِهِ فِي تَوَلِّيهِ ثُمَّ قِرَاضُ مِثْلِهِ فِي رِبْحِهِ كَلَكَ شِرْكٌ وَلاَ عَادَةَ أَوْ مُبْهَمٍ.

متن الحطاب

فرع: فإن عمل به قبل الإشهاد عليه قال في التوضيح: ففي الموازية الربح للعامل والخسارة عليه، وقال أشهب الربح بينهما، واختلف في التأويل عليه، فقال اللخمي وعلى قوله تكون الخسارة من صاحب المال، وقال التونسي لا يصدق وإن ادعى الخسران إلا ببينة، وحكى ابن يونس وابن رشد وغيرهما عن أشهب أنه قال هو مكروه، فإن نزل مضى، وهو ظاهر ما نقله المصنف عنه؛ لأن قوله يستمر دينا خلافا لأشهب يقتضي أنه عنده لا يستمر دينا بل يبقى قراضا، وحكى ابن عبد البر عن أشهب أن ما اشترى وباع فلرب المال، وللعامل أجر مثله، وحكى ابن حارث عن محمد بن عبد الحكم أن الربح بينهما والخسارة على رب المال على أصل القراض، وهذا مثل قول أشهب بالكراهة. انتهى.

ص: **ولا برهن أو وديعة** ش: ظاهر كلام ابن رشد في سماع سحنون أن حكم القراض بالوديعة إذا وقع قبل قبضها حكم القراض بالدين على مذهب المدونة.

ص: **ولا تبر لم يتعامل به ببلده** ش: أما إذا كان يتعامل به فالاتفاق على جواز القراض به، وإن لم يتعامل به فالذي رجع إليه مالك منع القراض به، وهو المشهور. قال في التوضيح: فرع: فإن وقع على المشهور ففي الموازية عن ابن القاسم يمضي بالعمل، وقال أصبغ لا يفسخ عمل به أم لا لقوة الخلاف فيه. ابن حبيب: وإذا عمل بالنقار رد مثلها عند المفاصلة إن عرف وزنها، وإن لم يعرف فرأس المال ما باعه به أو ما خرج في الضرب. انتهى. وقال في الشامل: فإن نزل مضى بالعمل، وقيل وقبله ورد مثله عند المفاصلة إن عرف وزنه، وإلا فما بيع به أو خرج في الضرب إلا أن يقول بعها [واشتر بها[547]] فليرد ثمنها أو ما صرفها به، فإن شرط صرفها أو ضربها على العامل فله أجره في ذلك إن كان له مؤنة وقراض مثله. انتهى. والفرق بين اشتراط ربها صرفها أو بيعها وعدم اشتراطه ذلك مع علمه أن مآل أمرها لذلك أنه مع الاشتراط إنما أراد أن يكون القراض بعد نضوض المال، ومن لم يشترط جعلها قراضا من يوم دفعت. أشار إلى هذا الفرق في التوضيح عن بعض القرويين.

ص: **كفلوس** ش: يريد ولو كان التعامل بها كما يفهم من أول كتاب القراض من المدونة، وقال في الشامل: ولا تجوز بالفلوس على الأصح، وثالثها إن كثرت، ورابعها الكراهة، وعلى المنع فله أجره في بيعه وقراض مثله فيما نض، ويرد/ فلوسا. انتهى. وفي هذا الكلام [سقط[548]]، وصوابه: وقيل يمضي ويرد فلوسا. قال في التوضيح: الباجي وإذا قلنا بالمنع فقال محمد: القراض بالنقار أخف، والفلوس كالعروض، وهذا يقتضي الفساد، ويكون له في بيع الفلوس أجرة مثله، وفيما نض من ثمنها قراض مثله، وقال أصبغ هي كالنقار، وقال ابن حبيب مثله ويرد فلوسا. زاد غيره في قول ابن حبيب: إلا أن يشترط عليه أن يصرفها ثم يعمل بها فيكون الحكم كما فهمه الباجي من قول محمد. والله أعلم.

360

ص: **وعرض إن تولى بيعه** ش: يعني أنه لا يجوز أن يكون رأس [مال[549]] القراض عرضا على أنه رأس

الحديث

[547] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص359 ومايابى35 والشيخ278 .

[548] – في المطبوع سقوط وما بين المعقوفين من مايابى35.

[549] – في المطبوع المال وما بين المعقوفين من مايابى35 والشيخ278.

نص خليل أَوْ أَجَّلَ أَوْ ضَمَّنَ أَوْ اشْتَرِ سِلْعَةَ فُلَانٍ ثُمَّ اتَّجِرْ فِي ثَمَنِهَا أَوْ بِدَيْنٍ أَوْ مَا يَقِلُّ وُجُودُهُ كَاخْتِلَافِهِمَا فِي الرِّبْحِ وَادَّعَيَا مَا لَا يُشْبِهُ وَفِيمَا فَسَدَ غَيْرُهُ أُجْرَةُ مِثْلِهِ فِي الذِّمَّةِ كَاشْتِرَاطِ يَدِهِ أَوْ مُرَاجَعَتِهِ أَوْ أَمِينًا عَلَيْهِ بِخِلَافِ غُلَامٍ غَيْرِ عَيْنٍ بِنَصِيبٍ لَهُ وَكَأَنْ يَخِيطَ أَوْ يَخْرِزَ أَوْ يُشَارِكَ أَوْ يَخْلِطَ أَوْ يُبْضِعَ أَوْ يَزْرَعَ أَوْ لَا يَشْتَرِيَ إِلَى بَلَدِ كَذَا.

متن الحطاب المال ويرد مثله عند المفاصلة لاحتمال أن [يغلو[550]] غلوا يستغرق رأس المال والربح فيؤدي إلى بطلان عمل العامل، [أو[551]] يرخص فيأخذ العامل بعض رأس المال ولا على أن رأس المال قيمته الآن أو عند المفاصلة، وكأنه -والله أعلم- للغرر ولا على أن يبيعه ويكون ثمنه رأس المال. قال في المدونة: ويفسخ ذلك وإن بيع ما لم [يعمل[552]] بالثمن، وقيد اللخمي المنع بما إذا كان في بيعه كلفة ولذلك أجرة لها خطب. قال: وإن كانت الأجرة لا خطب لها، أو كان يعلم أنه يتكلف ذلك ولو لم يعطه إياه قراضا أو يقول كلف من يبيع ويأتيك بالثمن، ولم يلتفت المصنف لتقييد اللخمي وجعله خلافا، وقال المازري: لو قال [خذ[553]] هذا العرض [وامض[554]] به إلى البلد الفلاني وادفعه إلى فلان يبيعه ويقبض ثمنه [لنفسه، فإذا قبض ثمنه[555]] فخذه منه واعمل به قراضا بيني وبينك فإن ذلك جائز بلا خلاف، ولا يدخله القراض بالعروض؛ لأن المدفوع إليه العروض [لا[556]] يتولى البيع بنفسه. انتهى من التوضيح. واعتمده المصنف لقول المازري: "بلا خلاف" فقال: إن تولى بيعه. والله أعلم.

ص: أو أجل أو ضمن ش: قال في المدونة: وما لم يشترط [فيه[557]] زيادة لأحدهما من القراض الفاسد ففيه إن نزل قراض مثله كالقراض على ضمان أو إلى أجل [فإنه يرد[558]] إلى قراض مثله ولا ضمان عليه. انتهى. وفي أول كتاب القراض من حاشية المشذالي: المتيطي: لو تطوع العامل بضمان المال ففي صحة القراض خلاف بين الشيوخ، فذهب ابن عتاب إلى أنه صحيح، وحكى إجازته عن شيخه مطرف. ابن بشير: وقال غيرهما لا يجوز، ومال إليه ابن سهل، وفي العتبية/ ما يدل على القولين انظر الوصايا من ابن سهل. انتهى كلام المشذالي. 361

ص: أو ما يقل ش: قال في المدونة: ثم قال: فإن اشترى غير ما أمر به فقد تعدى، فإن ربح فله فيما ربح قراض مثله، وإن خسر ضمن ولا أجر له في الوضيعة ولا أعطيه إن ربح إجارته؛ إذ لعلها تغترق الربح وتزيد فيصل بتعديه إلى ما يريد. انتهى.

ص: كاشتراط يده ش: تصوره واضح.

الحديث ....

---

550 – في المطبوع يغلي وما بين المعقوفين من ن عدود ص360 ومايابى35.

551 – في المطبوع والشيخ278 ومايابى35 و وما بين المعقوفين من ن عدود ص360 ويحيى175.

552 – في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 360 وم ويحيى175 والشيخ278 ومايابى35.

553 *– في المطبوع آخذ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى35.

554 *– وفي المطبوع وأمضي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى35.

555 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى175 والشيخ278 ومايابى35.

556 *– في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى165 ومايابى36.

557 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى175 والشيخ278 ومايابى35.

558 – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 360 ويحيى175 والشيخ278 ومايابى35.

نص خليل

أَوْ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ إنْ أَخْبَرَهُ فَقَرْضٌ أَوْ عَيَّنَ شَخْصًا أَوْ زَمَنًا أَوْ مَحَلاً كَأَنْ أَخَذَ مَالاً لِيَخْرُجَ بِهِ لِبَلَدٍ فَيَشْتَرِي وَعَلَيْهِ كَالنَّشْرِ وَالطَّيِّ الْخَفِيفَيْنِ وَالأَجْرُ إنِ اسْتَأْجَرَ وَجَازَ جُزْءٌ قلَّ أَوْ كَثُرَ.

متن الحطاب 362

مسألة: قال في رسم حلف أن لا يبيع رجلا سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب القراض: [سئل مالك[559]] عن الرجل يدفع إلى الرجل المال فيقيم في/ يديه أياما ويتجهز بذلك يريد سفرا فيلقى صاحب المال فيقول له هل لك أن أخرج معك فأخرج ذهبا آخر مثل الذي أعطيتك ونشترك جميعا؟ قال مالك: ما أرى أمرا بينا، وما يحضرني فيه مكروه وكأنه خففه من غير تحقيق. قال ابن القاسم: ولا أرى بذلك بأسا إذا صح ذلك على غير موعد ولا [وأي[560]] ولا عادة. قال أصبغ: لا خير فيه. قال سحنون: هو الربا بعينه.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم [مفسر[561]] لقول مالك لأن مالكا إنما خفف ذلك على السلامة من التواطؤ على ذلك من قبل أن يتجهز بالمال؛ إذ لو أتاه قبل أن يتجهز بالمال فقال ذلك له وفعله معه لما جاز؛ لأنه يصير كأنه قد استأجره ليعمل معه في ماله على أن له نصيبا من ربحه، وكرهه أصبغ فقال: "لا خير فيه" مخافة أن يكون تواطأ معه على ذلك قبل أن يتجهز بالمال، فإن وقع ذلك مضى ولم يفسخ على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وفسخ على مذهب أصبغ ما لم يفت بالعمل فلو فات مضى وكان العامل على شرطه من الربح، وأما على مذهب سحنون الذي قال فيه إنه الربا بعينه فيفسخ متى ما عثر عليه ويكون الربح كله لرب المال، ويكون للعامل أجرة مثله، وإنما قال إنه هو الربا على سبيل التجوز في اللفظ في المنع منه إذ ليس ربا بعينه كما قال الله وإنما هو على مذهبه استئجار للعامل على عمله معه بجزء من ربح المال وذلك ما لا يحل ولا يجوز [لقول[562]] النبي صلى الله عليه وسلم من استأجر أجيرا [فليعلمه[563]] أجره[1]، ولقوله {من استأجر أجيرا فليؤاجره بأجر معلوم إلى أجل [معلوم[564]]}[2] [وكنهيه[565]] عن بيع الغرر، والإجارة بيع من البيوع لا يجوز فيها الغرر والجهل فلما كان ذلك لا يحل كما لا يحل الربا قال فيه إنه ربا. انتهى.

ص: [أو بعد اشترائه وإن أخبره فقرض[566]] ش: كذا في كثير من النسخ، وفي بعض النسخ وبعد اشترائه بالواو وهو أحسن. والله أعلم.

ص: أو عين شخصا أو زمنا أو محلا ش: يعني ففيه أجرة المثل، وقد صرح بذلك في المنتقى، وقال

الحديث

1 – عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يساوم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا تناجشوا ولا تبايعوا بإلقاء الحجر ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره، السنن الكبرى، البيهقي، كتاب الإجارة، ج6 ص120، دار الفكر.

2 – انظر البيان والتحصيل، ج8 ص44.

---

559 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 361 ويحيى175 والشيخ278 ومايابى36.

560 – في المطبوع والبيان والتحصيل ج12 ص324 رأي وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ومايابى36 والشيخ278.

561 – في المطبوع مفسرا وما بين المعقوفين من ن ذي ص362 والشيخ279 ومايابى36 ويحيى165.

562 *– في المطبوع على قول وما بين المعقوفين من م129 ويحيى165 والشيخ279 ومايابى36.

563 *– في المطبوع وم129 والشيخ279 ويحيى165 فليعطه وما بين المعقوفين من البيان،ج12 ص324.

564 *– ساقطة من المطبوع وم129 والشيخ279 ويحيى165 ومايابى36 وقد وردت في البيان ج12 ص324.

565 *– في المطبوع وم129 ويحيى165 ومايابى36 وليقه وما بين المعقوفين من البيان ج12 ص324 وفي الشيخ279 ونهى وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا والصواب (ولنهيه).

566 – في المطبوع أو بعد اشترائه إن أخبره بقرض وم والشيخ279 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 362 ويحيى175 ومايابى36.

نص خليل

وَرِضَاهُمَا بَعْدُ عَلَى ذَلِكَ وَزَكَاتُهُ عَلَى أَحَدِهِمَا وَهُوَ لِلْمُشْتَرِطِ وَإِن لَّمْ تَجِبْ وَالرِّبْحُ لأَحَدِهِمَا أَوْ لِغَيْرِهِمَا وَضَمِنَهُ فِي الرِّبْحِ لَهُ إن لَّمْ يَنْفِهِ وَلَمْ يُسَمِّ قِرَاضًا وَشَرْطُهُ عَمَل غُلاَمِ رَبِّهِ أَوْ دَابَّتِهِ فِي الْكَثِيرِ وَخَلْطُهُ وَإِنْ بِمَالِهِ وَهْوَ الصَّوَابُ إنْ خَافَ بِتَقْدِيمِ أَحَدِهِمَا رُخْصًا وَشَارَكَ إنْ زَادَ مُؤَجَّلاً بِقِيمَتِهِ وَسَفَرُهُ إن لَّمْ يَحْجُرْ عَلَيْهِ قَبْلَ شُغْلِهِ وَادْفَعْ لِي فَقَدْ وَجَدْتُ رَخِيصًا أَشْتَرِيهِ وَبَيْعُهُ بِعَرْضٍ وَرَدُّهُ بِعَيْبٍ وَلِلْمَالِكِ قَبُولُهُ إنْ كَانَ الْجَمِيعَ وَالثمَنُ عَيْنٌ وَمُقَارَضَةُ عَبْدِهِ وَأَجِيرِهِ وَدَفْعُ مَالَيْنِ أَوْ مُتَعَاقِبَيْنِ قَبْلَ شَغْلِ الأَوَّلِ وَإِنْ بِمُخْتَلِفَيْنِ إن اشْتَرَطَا خَلْطًا أَوْ شَغْلَهُ إن لَّمْ يَشْتَرِطْهُ كَنُضُوضِ الأَوَّلِ إنْ سَاوَى وَاتَّفَقَ جُزْؤُهُمَا وَاشْتِرَاءُ رَبِّهِ مِنْهُ إنْ صَحَّ وَاشْتِرَاطُهُ أن لاَّ يَنْزِلَ وَادِيًا أَوْ يَمْشِي بِلَيْلٍ أَوْ بِبَحْرٍ أَوْ يَبْتَاعَ سِلْعَةً وَضَمِنَ إنْ خَالَفَ.

متن الحطاب

363 ابن غازي تحرير عجيب في أن/ تعيين الزمان من قبيل ما يترجح فيه أجرة المثل، كما أن القراض إلى أجل من قبيل ما يترجح فيه قراض المثل وتصور الفرق بينهما جلي. انتهى. كأنه يشير إلى أن تعيين الزمان هو أن يشترط عليه أن يشغل جميع المدة بالبيع والشراء مثل أن يدفع له مال القراض ويبيع ويشتري فيه شهرا أو شهرين ونحو ذلك على أن يبيع ويشتري جميع الزمان، وأن القراض إلى أجل مثل أن يدفع له مال القراض إلى شهر ونحوه ولا يشترط عليه أن يبيع في جميع الزمان. والله أعلم.

ص: **ورضاهما بعد على ذلك** ش: هذا هو المشهور، وإن كانت الزيادة للعامل فهو أحق بها في الموت والفلس لقبضه لها، وإن كانت لرب المال فقيل تبطل لعدم الحوز، وخرج اللخمي قولا بالصحة قال في التلقين: ومال المتأخرون إلى النفوذ. انتهى من التوضيح.

تنبيه: أجاز في المدونة هنا التراضي على جزء قل أو كثر، وقال في باب الآجال: وإن قارضت رجلا مالا أو أسلفته إياه فلا تقبل منه هدية. قال أبو الحسن: والفرق بينهما أن الهدية محققة وهذه متوهمة، أو أنه في كتاب الآجال لم يعمل وهنا عمل. انتهى بالمعنى.

364 ص: **وهي للمشترط وإن لم تجب** ش: قال في التوضيح: كما لو شرط أحدهما ثلث الربح مثلا/ لأجنبي وأبى من أخذه فإنه لمشترطه. انتهى.

ص: **والثمن عينا** ش: كذا في بعض النسخ عينا بالنصب على أنه خبر لكان المحذوفة، وفي بعض النسخ والثمن عين على أنه مبتدأ وخبر./ 365

ص: **وضمن إن خالف** ش: انظر إذا شرط عليه أن لا ينزل واديا ولا يركب بحرا أو لا يمشي بليل ففعل ذلك وسلم ثم إنه اشترى وخسر هل يضمن أم لا؟ وظاهر كلامه في المدونة أنه لا يضمن، فإنه قال: وإن نهيته عن الخروج بالمال من مصر فخرج به إلى إفريقية عينا [ورجع به عينا[567]] قبل أن يتجر به ثم تجر به بمصر فخسر أو ضاع منه بمصر لم يضمن لأنه رده قبل أن يحركه. قال أبو

الحديث

....

---

567 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 ويحيى175 والشيخ279 ومايابى37.

نص خليل

كَأَنْ زَرَعَ أَوْ سَاقَى بِمَوْضِعِ جَوْرٍ لَهُ أَوْ حَرَّكَهُ بَعْدَ مَوْتِهِ عَيْنًا أَوْ شَارَكَ وَإِنْ عَامِلاً أَوْ بَاعَ بِدَيْنٍ أَوْ قَارَضَ بِلاَ إِذْنٍ وَغَرِمَ لِلْعَامِلِ الثاني إنْ دَخَلَ عَلَى أَكْثَرَ كَخُسْرِهِ وَإِنْ قَبْلَ عَمَلِهِ وَالرِّبْحُ لَهُمَا كَكُلِّ آخِذِ مَالٍ لِلتَّنْمِيَةِ فَتَعَدَّى لاَ إن نَهَّاهُ عَنِ الْعَمَلِ قَبْلَهُ أَوْ جَنَى كُلٌّ أَوْ أَخَذَ شَيْئًا فَكَأَجْنَبِيٍّ وَلاَ يَجُوزُ اشْتِرَاؤُهُ مِنْ رَبِّهِ أَوْ بِنَسِيئَةٍ وَإِنْ أَذِنَ أَوْ بِأَكْثَرَ.

متن الحطاب

الحسن: ليس التحريك بشرط، فمتى رده إلى موضعه لم يضمن وإن حركه. الشيخ: وهو مصدق في الرد، وانظر هذا مع ما حكاه اللخمي في مسألة ما إذا زرع أو [ساقى الآتية[568]] في كلام التوضيح في القولة التي بعد هذه. والله أعلم.

ص: **كأن زرع أو ساقى في موضع جور له** ش: يعني أنه إذا زرع أو ساقى بموضع جور [وظلم[569]] له أي للعامل يعني في موضع يرى أنه يظلم فيه فإنه يضمن، واحترز بقوله: "له" مما إذا كان الموضع فيه ظلم أو جور، ولكنه كان يرى أنه هو لا يظلم لوجاهة ونحو ذلك، وأشار بذلك لما قاله في توضيحه في شرح قول ابن الحاجب: وله أن يزرع ويساقي ما لم يكن [في[570]] موضع ظلم فيضمن، ظاهر كلام المصنف أنه بمجرد كون الموضع موضع ظلم يضمن، وفي المدونة: وإن خاطر به في موضع ظلم أو غرر يرى أنه خطر فهو ضامن فزاد المخاطرة، وقد يكون الموضع موضع ظلم ولا يعد الزارع مخاطرا لوجاهته أو نحو ذلك، وكأن ابن غازي لم يقف على هذا الكلام فتحير في معناه فانظره. والله أعلم.

فرع: قال في التوضيح: وإذا ضمناه بالتعدي لمخاطرته في موضع الظلم فلا فرق بين أن تكون الخسارة من سبب الزرع أو من سبب الظلم. قاله اللخمي [لأنه[571]] [متعد[572]] في أصل فعله. والله أعلم.

ص: **والربح لهما ككل آخذ مال للتنمية فتعدى** ش: يعني أن العامل إذا تعدى في الصور المتقدمة وقلنا إنه ضامن للمال إن تلف أو خسر/ فلا يختص بالربح، ويقال كما أنه يضمن الخسارة فليستبد بالربح، بل الربح لهما على ما شرطا. قال في التوضيح: لأنه يتهم أن يكون قصد الاستبداد بالربح فعوقب بنقيض قصده، ولأنا لو قلنا الربح للعامل بتعديه لكان ذلك حاملا له على التعدي ليستقل بالربح، [ولهذا قلنا[573]] إن كل من أخذ مالا لينميه [فتعدى[574]] فيه كالوكيل والمبضع معه فالغرم عليه والربح لرب المال، وأما المقارض فالربح لهما على شرطهما، وقد صرح المصنف يعني ابن

366

الحديث ....

---

568 *- في المطبوع ساقى بموضع جورا وظلم له أي للعامل يعني في الاتية وما بين المعقوفين من يحيى165 وم129 ومايابى37 والشيخ280.

569 *- علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب أو ظلم.

570 – ساقطة من المطبوع ويحيى176 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 365 والشيخ279.

571 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص365 ومايابى37 والشيخ280.

572 *- في المطبوع للتعدى وما بين المعقوفين من م129 ويحيى166 ومايابى37 والشيخ280.

573 – في المطبوع لو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 366 ويحيى176 والشيخ280 ومايابى37.

574 *- في المطبوع وم129 ومايابى37 فيتعدى وما بين المعقوفين من يحيى166 والشيخ280.

نص خليل

وَلاَ أَخْذُهُ مِنْ غَيْرِهِ إنْ كَانَ الثاني يَشْغَلُهُ عَنِ الأَوَّلِ وَلاَ بَيْعُ رَبِّهِ سِلْعَةً بلاَ إذْنٍ وَجُبِرَ خُسْرُهُ وَمَا تَلِفَ وَإنْ قَبْلَ عَمَلِهِ إلاَّ أنْ يُقْبَضَ وَلَهُ الْخَلَفُ فَإنْ تَلِفَ جَمِيعُهُ لَمْ يَلْزَمِ الْخَلَفُ وَلَزِمَتْهُ السِّلْعَة وَإنْ تَعَدَّدَ الْعَامِلُ فَالرِّبْحُ كَالْعَمَلِ وَأَنْفَقَ إنْ سَافَرَ وَلَمْ يَبْنِ بزَوْجَتِهِ وَاحْتَمَلَ الْمَالُ.

متن الحطاب

الحاجب باطّراد هذا بقوله، وكذلك كل تعد فيه، وكل من أخذ مالا على الأمانة وتعدى فيه فالربح له فقط كالمودع. ابن عبد السلام: وذهب بعضهم إلى أن العامل يجب لـه الـربح كلـه في مسائل الضمان بسبب المخالفة لأنها توجب انتقال مال القراض إلى ذمته وذلك موجب لكونه مالكا للربح.انتهى.

367

ص: ولا أخذه من غيره إن كان الثاني يشغله عن الأول ش:/ قال في المدونة في كتاب القراض: وللعامل أن يأخذ مالا قراضا من رجل آخر إن لم يكن الأول كثيرا يشغله الثاني عنه فلا يأخذ حينئذ من غيره شيئا، فإن أخذهما وهو يحتمل العمل بهما فله أن يخلطهما ولا يضمن، ولا يجوز أن يكون ذلك بشرط من الأول أو الثاني. انتهى. فإن كان الثاني يشغله عن الأول وأخذه فقال اللخمي في تبصرته في باب القراض: وللعامل أن يخلط القراض بماله إذا كان قادرا على التجر بهما، وإن كان لا يقدر على التجر بأكثر من مال القراض لم يكن ذلك له، فإن فعل وتجر في الثاني وعطل الأول لم يكن عليه في الأول سوى رأس المال على المشهور من المذهب، وعلى القول الآخر يكون عليه قدر ما حرمه من الربح، وكذلك إذا تجر في الأول ثم اشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه فيختلف هل يضمن العامل ما حط السوق لأنه حرمه ذلك؟ وإن فسد لأجل شغله عنه ضمن، وكذلك إذا أخذ قراضا بعد قراض فلا يمنع من الثاني إذا كان يقدر على التجر فيهما، فإن كان لا يقدر إلا على التجر في أحدهما منع من التجر في الثاني، فإن فعل ضمن ما كان في الأول من ضيعة أو نزول أسواق أو فساد نحو ما تقدم، وإذا اشتغل بالأول وعطل الثاني ضمن قدر ما حرمه من ربحه على أحد القولين، وإن ضاع ضمنه لأنه متعد في أخذه، وهذا إذا لم يعلمه أن في يديه قراضا لغيره، أو أعلمه ولم يعلمه أنه عاجز عن القيام بالمالين. انتهى.

ونقله ابن عرفة واقتصر عليه. ونصه: اللخمي: له خلطه بماله إن قدر على التجر بهما، وإن عجز عن التجر بالزائد عليه منع من خلطه، فإن تجر في الثاني وعطل الأول فلا شيء عليه على المشهور، وعلى القول الآخر يغرم قدر ما حرمه من الربح، [و[575]]إن تجر بالأول واشتغل بالثاني عن بيع الأول حتى نزل سوقه أو فسد ففي ضمانه نقصه أوكله إن فسد القولان، وأخذه قراضا بعد قراض جائز إن قدر على التجر بهما، وإلا منع من التجر بالثاني، فإن فعل ففي ضمانه لترك الأول ونزول سوقه أو فساده ما تقدم، وإن اشتغل بالأول ضمن ذلك في الثاني إن لم يعلم هذا الثاني أن بيده قراضا لغيره أو أعلمه ولم [يعلمه[576]] عجزه عن القيام بالمالين. انتهى. والله أعلم.

ص: وإن تعدد فالربح كالعمل ش: قال في المدونة: وإن قارضت رجلين على أن لك نصف الربح ولأحدهما الثلث وللآخر السدس لم يجز، كما لو اشترك العاملان على مثل هذا لم يجز؛ لأن أحدهما

الحديث

....

[575] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى176 والشيخ280 ومايابى38.

[576] – في المطبوع يعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 367 ويحيى176 والشيخ280 ومايابى38.

نص خليل

لِغَيْر أَهْلٍ وَحَجٍّ وَغَزْوٍ بِالْمَعْرُوفِ فِي الْمَالِ وَاسْتَخْدَمَ إِنْ تَأَهَّلَ لاَ دَوَاءٍ وَاكْتَسَى إِنْ بَعُدَ وَوُزِّعَ إِنْ خَرَجَ لِحَاجَةٍ وَإِنْ بَعْدَ أَن اكْتَرَى وَتَزَوَّدَ وَإِن اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى رَبِّهِ عَالِمًا عَتَقَ عَلَيْهِ إِنْ أَيْسَرَ وَإِلاَّ بِيعَ بِقَدْرِ ثَمَنِهِ وَرِبْحِهِ قَبْلَهُ وَعَتَقَ بَاقِيهِ وَغَيْرَ عَالِمٍ فَعَلَى رَبِّهِ وَلِلْعَامِلِ رِبْحُهُ فِيهِ وَمَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَعَلِمَ عَتَقَ عَلَيْهِ بِالأَكْثَرِ مِنْ قِيمَتِهِ أَوْ ثَمَنِهِ وَلَوْ لَمْ يَكُنْ فِي الْمَالِ فَضْلٌ وَإِلاَّ فَبِقِيمَتِهِ إِنْ أَيْسَرَ فِيهِمَا وَإِلاَّ بِيعَ بِمَا وَجَبَ وَإِنْ أَعْتَقَ مُشْتَرًى لِلْعِتْقِ غَرِمَ ثَمَنَهُ وَرِبْحَهُ وَلِلْقِرَاضِ قِيمَتَهُ يَوْمَئِذٍ إِلاَّ رِبْحَهُ فَإِنْ أَعْسَرَ بِيعَ مِنْهُ بِمَا لِرَبِّهِ وَإِنْ وَطِئَ أَمَةً قَوَّمَ رَبُّهَا أَوْ أَبْقَى إِن لَّمْ تَحْمِلْ فَإِنْ أَعْسَرَ اتَّبَعَهُ بِهَا وَبِحِصَّةِ الْوَلَدِ أَوْ بَاعَ لَهُ بِقَدْرِ مَالِهِ وَإِنْ أَحْبَلَ مُشْتَرَاةً لِلْوَطْءِ فَالثَّمَنُ وَاتُّبِعَ بِهِ إِنْ أَعْسَرَ وَلِكُلٍّ فَسْخُهُ قَبْلَ عَمَلِهِ كَرَبِّهِ وَإِنْ تَزَوَّدَ لِسَفَرٍ وَلَمْ يَظْعَنْ وَإِلاَّ فَلِنُضُوضِهِ وَإِن اسْتَنَضَّهُ فَالْحَاكِمُ وَإِن مَّاتَ فَلِوَارِثِهِ الأَمِينِ أَنْ يُكَمِّلَهُ وَإِلاَّ أَتَى بِأَمِينٍ كَالأَوَّلِ وَإِلاَّ سَلَّمُوا هَدَرًا.

متن الحطاب

يأخذ بعض ربح صاحبه بغير شيء. انتهى. أبو الحسن: قوله: "على أن لك" ظاهره أن الشرط من رب المال على العاملين، وأما في الصورة الثانية فهو من العامل خاصة، وظاهر الكتاب أن الحكم فيهما سواء. انتهى. ثم قال: زاد في الأمهات: وإنما يجوز من هذا إذا عملا على ما يجوز في الشركة بينهما. عياض: قال بعضهم عملهما على قدر أجزائهما من الربح جائز، ونحوه لحمديس، وفي سماع أصبغ: لا خير فيه، فإن عملا مضى، وقال بعض مشايخنا المتأخرين: الصواب جوازه. انتهى. وبعض مشايخه، المشار إليه هو ابن رشد. كذا نسبه في التوضيح له، وهو له في رسم البيوع من سماع أصبغ من القراض وهذا هو المشهور، وعليه فإذا فات قال في التوضيح: قال محمد وابن حبيب: يقسم الربح على ما سموا، ويرجع صاحب القليل على صاحب الكثير بفضل عمله، وقال أحمد بن خالد بل على رب المال، وقال جماعة بل يردان إلى حكم القراض الفاسد، ثم اختلف هؤلاء فقال التونسي يكونان أجيرين، وقال فضل لهما قراض [مثلهما.[577]] ابن عبد السلام: وقول التونسي أظهر عندي وأجرى على قواعد المذهب. انتهى. وهو الجاري على ما قدمه الشيخ في قوله: وفيما فسد غيره أجرة/ مثله. انتهى. 368

ص: لغير أهل ش: فإن سافر من بلد له بها أهل إلى بلد له بها أهل أيضا فلا نفقة له في ذهابه ولا في رجوعه، ولو أخذه من بلد ليس فيه أهله ثم خرج إلى بلد له فيها أهل فلا نفقة في ذهابه ولا في إقامته، وله النفقة في رجوعه. قاله في المدونة.

369 ص: لا دواء ش: قال أبو الحسن: قال الباجي:/ وله أن يحتجم ويحلق رأسه ويفصد ويدخل الحمام إن احتاج إليه. انتهى. وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "وللعامل نفقته في السفر وفي إقامته بغير وطنه بالمال بالمعروف": هكذا في المدونة أي من غير سرف من طعامه وشرابه وركوبه ومسكنه. أشهب عن مالك: وحجامته وحمامه قالوا وليس له دواء. انتهى.

ص: ولكل فسخه قبل عمله ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: أي رده والرجوع، وإذا كان العقد غير لازم فلا يطلق عليه الفسخ إلا بطريق المجاز.انتهى.

ص: كربه وإن تزود لسفر ولم يظعن ش: يعني وأما العامل فليس له حينئذ الفسخ. قال في

الحديث ....

---

577 *- في المطبوع مثليهما وما بين المعقوفين من يحيى166 والشيخ281 ومايابى37 وم130.

نص خليل

وَالْقَوْلُ لِلْعَامِلِ فِي تَلَفِهِ وَخُسْرِهِ وَرَدِّهِ إِلَى رَبِّهِ إِنْ قُبِضَ بلاَ بَيِّنَةٍ أَوْ قَالَ قِرَاضٌ وَرَبُّهُ بِضَاعَةٌ بِأَجْرٍ أَوْ عَكْسُهُ أَوِ ادَّعَى عَلَيْهِ الْغَصْبَ أَوْ قَالَ أَنْفَقْتُ مِنْ غَيْرِهِ وَفِي جُزْءِ الرِّبْحِ إِنِ ادَّعَى مُشْبِهًا وَالْمَالُ بِيَدِهِ وَوَدِيعَةً وَإِنْ لِرَبِّهِ وَلِرَبِّهِ إِنِ ادَّعَى الشَّبَهَ فَقَطْ أَوْ قَالَ قَرْضٌ فِي قِرَاضٌ أَوْ وَدِيعَة أَوْ فِي جُزْءٍ قَبْلَ الْعَمَلِ مُطْلَقًا وَإِنْ قَالَ وَدِيعَةً ضَمِنَهُ الْعَامِلُ إِنْ عَمِلَ وَلِمُدَّعِي الصِّحَّةِ وَمَنْ هَلَكَ وَقِبَلَهُ كَقِرَاض أخِذَ وَإِن لَّمْ يُوجَدْ وَحَاصَّ غُرَمَاءَهُ وَتَعَيَّنَ بِوَصِيَّةٍ وَقُدِّمَ صَاحِبُهُ فِي الصِّحَّةِ وَالْمَرَضِ وَلاَ يَنْبَغِي لِعَامِلٍ هِبَةٌ وَتَوْلِيَة وَوسعَ أَنْ يَأتِي بِطَعَامٍ كَغَيْرِهِ إِن لَّمْ يَقْصِدِ التَّفَضُّلَ وَإِلاَّ فَلْيَتَحَلَّلْهُ فَإِنْ أَبَى فَلْيُكَافِئْهُ.

متن الحطاب

370 التوضيح: اللهم/ إلا أن يدفع لرب المال رأس ماله، وقوله: "ولم يظعن" مفهومه أنه إذا ظعن فليس له الفسخ، ولو قال له رب المال أنا أنفق عليك حتى أردك وهو كذلك. قال في المدونة: ولرب المال رد المال ما لم يعمل به العامل أو يظعن به لسفر، وليس له أن يقول بعد ظعنه ارجع وأنا أنفق عليك. انتهى.

ص: والقول للعامل في تلفه وخسره ورده ش: وهل يحلف؟ أما في دعوى الرد فيحلف اتفاقا. قاله ابن الحاجب. وأما في/ التلف فأجراه ابن الحاجب على الخلاف في أيمان التهم. 371

تنبيهات: الأول: حكم المبضع معه حكم المقارض في دعوى الرد والتلف كما تقدم في العارية.

الثاني: قولهم إنه يقبل قوله في رد المال؛ يعني إذا قبضه بغير بينة، وقد تقدم كلام القاضي عبد الوهاب في الوكالة وكلام ابن رشد في العارية، وهذا إن ادعى أنه رد جميعه أو رد بعضه وكان الباقي لا يفي برأس المال وإنما يفي بما رده، وأما لو كان الباقي يفي برأس المال لكان القول قول رب المال ما دام في [المال[578]] ربح. قال في المدونة في كتاب القراض: وإن قال العامل رددت إليك رأس مالك والذي بيدي ربح وقال رب المال لم تدفع إلي شيئا صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة. قال ابن يونس: وحكي عن القابسي أنه قال معنى ذلك إذا قال ما في يدي هذا ربح بيني وبينك لأنه أقر أن حق رب المال قائم بيده بعد، وأما إن قال رددت إليك المال وحصتك من الربح، وما في يدي حصتي من الربح لكان القول قول العامل إذا كان قبضه بغير بينة كما لو لم يكن في المال ربح فادعى أنه رده إلى صاحبه لكان القول قوله مع يمينه. انتهى. وقال اللخمي/ في تبصرته بعد [ذكر *[579]] كلام المدونة: وينبغي أن يقبل قوله، وكذلك إذا قال هذا ربحي وكما لو قال رددت بعض رأس المال، ولا فرق بين قوله رددت بعض رأس المال أو جميعه دون الربح أو لم أربح شيئا أو ربحت وسلمت إليك رأس المال ونصيبك من الربح، وقد قال مالك في كتاب محمد في المساقي يقول بعد جذاذ الثمرة لصاحب الحائط قد دفعت إليك نصيبك فالقول قول العامل، وإن كان يقول هذا الذي في يدي نصيبي [فذلك كالقراض.[580]] انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكره ما تقدم: ففي قبول دعوى 372

الحديث

....

[578] – في المطبوع الباقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 371 ويحيى177 والشيخ281 ومايابى38.

[579] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 372 ويحيى177 والشيخ281 ومايابى39.

[580] *– في المطبوع وكذلك القراض وما بين المعقوفين من يحيى167.

نص خليل **باب إِنَّمَا تَصِحُّ مُسَاقَاةُ شَجَرٍ وَإِنْ بَعْلاً ذِي ثَمَرٍ.**

متن الحطاب العامل رد المال مقرا ببقاء ربح بيده، ثالثها إن ادعى رد حظ رب المال منه للخمي ولها وللقابسي.انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه أو على بيعه أو دفعت إليك ثمنه أو وديعتك أو قراضك فالقول قوله" يريد إلا أن يقول له رددت إليك رأس المال، والذي بيدي ربح بيني وبينك وقال رب المال لم تدفع لي شيئا صدق رب المال ما دام في المال ربح، وعلى العامل البينة، وهذا نص ما في المدونة. اهـ. وقال أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في كتاب الوديعة: "ومن بيده وديعة أو قراض لرجل فقال رددت إليك ذلك فهو مصدق" ظاهره كان قبل المفاصلة أو بعد المفاصلة. قال في كتاب القراض: وإذا قال رددت إليك رأس مالك وما بيدي ربح الخ فهي [تقيد[581]] بهذا. انتهى.

الثالث: لو ادعى العامل أنه لم يعمل بالمال فهل يكون القول قوله؟ الظاهر أن القول قوله، ويحلف على ذلك، ولم أر الآن فيه نصا. والله أعلم.

ص: **باب إنما تصح مساقاة شجر** ش: قال ابن عرفة: المساقاة عقد على [عمل مؤنة النبات[582]] بقدر لا من غير غلته لا بلفظ بيع أو إجارة أو جعل. فيدخل قولها: لا بأس بالمساقاة على أن كل الثمرة للعامل، ومساقاة البعل. انتهى. ويبطل طرده على قول ابن القاسم بالعقد عليها بلفظ عاملتك لأنها ليست بمساقاة عند ابن القاسم. قال بعد ذلك: الصيغة. ابن رشد: لا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على قول ابن القاسم. انتهى.

ص: **وإن بعلا** ش: قال في التوضيح: قال مالك في المدونة وغيرها: تجوز المساقاة على شجر البعل، وكذلك ما يشرب بالسيح لأنه قد يعجز عن الدواب والأجراء، قيل لمالك فزرع البعل كزرع أفريقية ومصر وهو لا يسقى؟ قال: إن احتاج من المؤنة إلى ما يحتاج إليه شجر البعل ويخاف هلاكه إن ترك جازت مساقاته، وإن كان لا مؤنة فيه إلا حفظه وحصاده ودراسته لم تجز، وتصير إجارة فاسدة، وليس زرع البعل كشجر البعل، وإنما تجوز مساقاة زرعه على الضرورة والخوف عليه. انتهى.

قلت: وقوله: "قيل فزرع البعل" الخ هو من كلامه في المدونة. قال ابن ناجي: معناه لا يشترط في شجر البعل خوف الهلاك كما يشترط في زرعه بل مجرد الحاجة. انتهى. والله أعلم.

ص: **ذي ثمر** ش: قال ابن غازي: أخرج به الشجر الذي لم يبلغ حد الإطعام كالودي، فإن مساقاته غير جائزة حسبما صرح به اللخمي، وسيقول في الممنوعات: "وشجر لم يبلغ خمس سنين وهو يبلغ [في[583]] [أثنائها". [584]] انتهى.

تنبيه: فإن كان في الحائط ودي لم يبلغ حد الإطعام إلا أنه قليل فهل تجوز المساقاة في الحائط

الحديث ....

[581] – في المطبوع تقييد وما بين المعقوفين من ن عدود ص372 وم130 ويحيى177 ومايابى39 والشيخ282.

[582] – في المطبوع على مؤنة نمو النبات ومايابى39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 ويحيى177 والشيخ282.

[583] – ساقطة من المطبوع ويحيى177 ومايابى39 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 372 والشيخ282.

[584] *– في المطبوع أثناءها وما بين المعقوفين من الشيخ282.

نص خليل لَمْ يَحِلَّ بَيْعُهُ وَلَمْ يُخْلِفْ إلاَّ تَبَعًا.

متن الحطاب جميعه ويكون تبعا؟ الذي يفهم من كلام الباجي في المنتقى الجواز، فيكون قول المصنف: "إلا تبعا" [راجعا[585]] إلى المسائل الثلاث قبله، ونص/ الباجي عند قوله في الموطأ: "ولا يشترط على العامل ابتداء عمل جديد من بئر يحفرها أو غرس يغرسه فيأتي به من عنده" يعني أنه [لا[586]] يشترط على العامل غرسا يأتي به من عنده فيغرسه في أرضه أو حائطه فإن ذلك لا يجوز، ورواه ابن المواز عن مالك. قال محمد: إن كان يسيرا أجزت المساقاة وأبطلت الشرط، وإن كان له قدر لم تجز. قال مالك: ولو شرط العمل في ذلك فقط ويكون أصل الغرس من عند صاحب الحائط، فإن كان يسيرا لا تعظم فيه المؤنة فجائز، وإن كان كثيرا لم يجز، فإن وقع ذلك على الوجه الذي يجوز فقد روى ابن المواز عن مالك أنه أجير له أجر مثله. قال عيسى: إن كان العمل الكثير دون الأصل يرد إلى مساقاة مثله، وإن كان الودي من العامل رد إلى إجارة مثله وله قيمة غرسه مقلوعا. انتهى. وقوله: "على الوجه الذي يجوز" كذا في النسخة التي نقلت منها، والظاهر أنه سقط منه لا كما يدل عليه بقية كلامه فتأمله، فصواب العبارة أن يقول على الوجه الذي لا يجوز، ونقله ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح. والله أعلم. وقال في رسم كتب عليه [ذكر[587]] حق: ولا بأس أن يشترط على العامل أن يسقي الجداول إذا كانت يسيرة. قال ابن رشد: هو من العمل اليسير الذي جوزوا اشتراطه.

373

ص: لم يحل بيعه ش: احترازا مما إذا حل بيعه كما إذا أزهى بعض الحائط فلا تجوز مساقاته. قال في المدونة: وإذا أزهى بعض الحائط لم تجز مساقاة جميعه لجواز بيعه. انتهى. قال ابن ناجي: تسامح في قوله: "لم تجز مساقاة جميعه" وإنما أراد لم تجز مساقاة شيء منه إذ لا ضرر على ربه في ذلك لجواز بيعه وهذا هو المشهور، وقال سحنون تجوز مساقاته.انتهى.

قلت: وكذلك ينبغي أن لا تجوز المساقاة إذا أزهى ما يجاوره من الحوائط على ما تقدم في بيع الثمار.

تنبيه: فإذا عمل رب الحائط في حائطه مدة ثم ساقاه قبل أن يثمر أو بعد أن أثمر ولم يحل بيع الثمرة جاز ذلك، بشرط أن لا يرجع بأجرة ما سقى ولا بشيء منه. قاله في رسم مسائل البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة. قال ابن رشد: فإن ساقاه بعد أن أسقى أشهرا على أن يتبعه بما سقى فإنه يرد إلى أجرة مثله. انتهى.

ص: ولم يخلف ش: احترز به مما يخلف كالبقول والقضب بالضاد المعجمة والموز والقرط بالطاء المهملة. قاله في المدونة. قال اللخمي: والكراث وكل ما ليس بشجر وإذا جزّ أخلف فلا تجوز مساقاته وإن عجز عنه ربه. قاله في المدونة. والفرق بين البصل والكراث أن البصل جرت العادة فيه أنه إنما يجذ بأصوله، بخلاف الكراث فإنه يجز وتبقى أصوله في الأرض.

ص: إلا تبعا ش: هو راجع إلى المسائل الثلاث التي قبله كما ذكرنا عن الباجي قبل، وليس خاصا بالمسألتين قبله كما قال ابن غازي.

الحديث ....

[585] – في المطبوع راجع وما بين المعقوفين من م130.

[586] *– ساقطة من المطبوع وم130 ويحيى167 والشيخ282 وما بين المعقوفين من مايابى40.

[587] *– ساقطة من المطبوع وم131 ومايابى40 والشيخ282 وما بين المعقوفين من يحيى167.

نص خليل **بِجُزْءٍ قَلَّ أَوْ كَثُرَ شَاعَ وَعُلِمَ.**

متن الحطاب **تنبيه:** وإذا كان ما يخلف تبعا فلا يجوز اشتراطه لرب المال ولا إلغاؤه للعامل. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم.

ص: **بجزء قل أو كثر** ش: لا مفهوم لقوله: "بجزء" وإنما نبه به على أنه لا تجوز المساقاة بكيل مسمى من الثمرة، ولم يرد أنه لا بد أن يكون المأخوذ جزءا من الثمرة بل تجوز المساقاة على أن تكون الثمرة جميعها للعامل. قاله في المدونة وغيرها. قال ابن ناجي: وظاهرها أنها مساقاة حقيقة، ويجبر العامل [على العمل[588]]أو يستأجر من يعمل إلا أن يقوم دليل على أنه أراد الهبة لقلة المؤنة وكثرة الخراج. قال

374 اللخمي: وهو مقتضى ما رواه ابن/ حبيب، وقال التونسي هي كالهبة وإن انتفع ربها بسقي أصوله، ولو مات قبل الحوز بطلت. انتهى.

قلت: قال اللخمي متمما للكلام الأول: ومتى أشكل الأمر حملا على المعاوضة لقوله أساقيك، ورب الحائط أعلم بمنافعه ومصلحة ماله. انتهى. ونقله أبو الحسن، وقال في المقدمات: وتجوز المساقاة على أن تكون الثمرة كلها للعامل بعمله، وقد قيل فيه إنه منحة فيفتقر إلى الحيازة ويبطل بالموت، وهو بعيد. انتهى.

قلت: وأما عكس هذا فظاهر جوازه وهو أن تكون الثمرة كلها لرب المال لأن العامل هنا متبرع بعمله.

تنبيه: يشترط في الجزء المأخوذ أن لا يكون مختلفا، فلو كان في الحائط أصناف من الثمرة وشرط أن يأخذ من صنف منها النصف ومن صنف منها الثلث لم يجز، وكذلك لو كان فيه أنواع من الثمار فساقاه في نوع من الثمار منها بالنصف وفي نوع بالثلث لم يجز. قال ابن عرفة: والحائط مختلف نوع [شجره[589]] [مختلطا[590]] كمتحد. اللخمي: واختلاف ثمرته بالجودة والرداءة كتساويها، وتعدد الحوائط وثمرها سواء في الجودة والرداءة والعمل أو تقارب كواحد. انتهى.

[**فرع:**[591]] وقع في الموطإ[1] وغيره في حديث خيبر أنه صلى الله عليه وسلم كان يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص عليهم، ثم يقول لهم: إن شئتم فلكم وإن شئتم فلنا بخرصها ونؤدي إليكم نصفها. هكذا ذكره في المقدمات، وفي الموطأ نحوه. قال الباجي: قال ابن مزين: سألت عيسى عن فعل عبد الله أيجوز ذلك للمساقين والشريكين؟ فقال: لا يعمل [ذلك،[592]] ولا يصلح اقتسامه إلا كيلا إلا أن تختلف حاجتهما إليه فيقتسمانه بالخرص. قال الباجي: وهذا الذي حمل عيسى الحديث عليه، وأنه كان يسلم إليهم جميع الثمرة ليضمنوا حصة المسلمين منها لا يجوز؛ لأنه بيع التمر بالتمر بالخرص في غير العرايا، فلذلك تأول الحديث على أن الخرص للقسمة خاصة، وإذا حمل الحديث على أنه إنما كان الخرص للزكاة سلم مما جاء به وأنكره، وهو محتمل لذلك، ويكون قوله: "إن شئتم فلكم وإن شئتم فلنا" على سبيل التحقيق لصحة خرصه. انتهى بالمعنى. وخرص الحائط للقسمة إنما

الحديث 1 – عن سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليهود خيبر يوم افتتح خيبر أقركم فيها ما أقركم الله عز وجل على أن الثمر بيننا وبينكم قال فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبعث عبد الله بن رواحة فيخرص بينه وبينهم ثم يقول إن شئتم فلكم وإن شئتم فلي فكانوا يأخذونه، موطأ مالك بتنوير الحوالك، مركز هجرة 2005، رقم الحديث 1412.

588 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م131 ومايابى40 .

589 – في المطبوع شجرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص374.

590 – في المطبوع مختلط والشيخ283 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى178 ومايابى41.

591 *– في م131 وسيد60 ويحيى168 ومايابى42 فائدة.

592 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 374 ويحيى178 والشيخ283 ومايابى41.

نص خليل بِسَاقَيْتُ لاَ نَقْصِ مَنْ فِي الْحَائِطِ.

متن الحطاب يجوز إذا كان للأكل بشروط تقدمت في باب القسمة، وقال في المقدمات: جاء في بعض الآثار تضمين اليهود نصيب المسلمين، وفي بعضها تخييرهم من غير ذكر ضمان، فأما تخييرهم في أخذهم الثمرة في رؤوس النخل بما فيه خرص عليهم من الثمرة يؤدونه عند الجداد من غير تضمين فليس بضيق، وقد أجازه جماعة من أهل العلم، وهو على قياس ما قاله مالك في الخرص بسبب الزكاة، وأما تخييرهم في التزامهم ذلك مضمونا عليهم فهو من المزابنة ولا يكون إلا مفسوخا، وقد ذكر عن بعض أهل العلم إجازته وهو بعيد. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وليس للعامل أن يعري من الحائط إذ ليست له نخلة معينة، إلا أن يعري حصة من نخلات معينات فيجوز. قال أبو الحسن: أو يعري جميع حظه من الحائط. قال: فإن أعرى شيئا بعينه فإنه يمضي نصيبه للمعري، ويرجع نصيب رب الحائط، وليس للمعري أن يقول اجمعوا حظي في هذه النخلات؛ لأنه إنما أعراه شيئا بعينه فاستحق فلا يلزم خلفه. انتهى. وقاله اللخمي وزاد: وكذلك لو أعرى رب الحائط جميع حظه أو بعضه أو شيئا بعينه.

ص: **بساقيت** ش: قال في المقدمات: والمساقاة أصل في نفسها، فلا تنعقد إلا بلفظ المساقاة على مذهب ابن القاسم، فلو قال رجل استأجرتك على عمل حائطي هذا بنصف ثمرته لم يجز على مذهبه، كما لا تجوز الإجارة عنده بلفظ المساقاة وذلك بين من قوله في الكتاب إذا ساقاه في ثمرة قد طاب بعضها أن ذلك لا يجوز، بخلاف قول سحنون فإنه يجيزها ويجعلها إجارة، ولمالك في كتاب ابن المواز مثله وكلام ابن القاسم أصح. انتهى.

قلت: وعلى قول سحنون اقتصر ابن شاس وابن الحاجب. قال ابن الحاجب: الصيغة مثل ساقيتك أو عاملتك على كذا فيقول قبلت وما في معناها من قول أو فعل. انتهى./ 375

ص: **ولا نقص من في الحائط** ش: يعني أنه يشترط في صحة المساقاة أن لا يخرج رب الحائط ما كان في الحائط من عبيد ودواب وأجراء وآلة يوم عقد المساقاة، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة. قال في المدونة: وما كان في الحائط يوم عقد المساقاة من رقيق ودواب لربه فللعامل اشتراطهم، ولا ينبغي لرب الحائط أن يساقيه على أن ينزع ذلك منه فيصير كزيادة شرطها إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك. ثم قال فيها: ولو شرط رب المال إخراج رقيقه ودوابه منه لم يجز، فإن نزل ذلك منه فللعامل أجرة مثله، والثمرة لربها. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: "لا ينبغي" معناها المنع يدل عليه التعليل، وقوله: "إلا أن يكون قد نزعهم" استثناء منقطع. انتهى. وقال ابن ناجي: قوله: لا ينبغي على التحريم للتعليل، وصرح بذلك عبد الحق. انتهى.

قلت: وآخر كلام المدونة صريح في أن ذلك على التحريم لأنه جعل ذلك مما تفسد المساقاة به، وقال ابن نافع ويحيى وإذا كان في الحائط رقيق لا يدخلون إلا بشرط، ووجه الأول أنه صلى الله عليه وسلم لما ساقى أهل خيبر لم يخرج شيئا مما في الحوائط . قاله في التوضيح.

تنبيه: [قوله[593]] في المدونة: "إلا أن يكون قد نزعهم قبل ذلك" لفظه في الأم: قلت: إن لم يشترطهم العامل وأراد المالك إخراجهم قال: قال مالك أما عند معاملته واشتراطه فلا ينبغي إخراجهم

الحديث ....

---

[593] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى178 والشيخ284 ومايابى42.

نص خليل وَلاَ تَجْدِيدٍ وَلاَ زِيَادَةٍ لأحَدِهِمَا وَعَمِلَ الْعَامِلُ جَمِيعَ مَا يُفْتَقَرُ إلَيْهِ عُرْفًا.

متن الحطاب وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس. هكذا نقله ابن عرفة، وقال: انظر قولها: "وإن كان إخراجهم قبل ذلك فلا بأس" هل هو مطلقا لأجل أنه مختلف فيه، أو ما لم يكن ذلك لقصد إخراجهم من المساقاة كمن أراد طلاق زوجته فأخرجها من مسكنها لكي تعتد [بغيره؟ وقال[594]] أبو حفص العطار: إن أراد أن يساقي حائطه فأخرجهم ثم أقبل يسوم به فلا بأس، إنما الذي لا يجوز أن يخرجهم عند إرادة عقدها مع من تكلم معه فيه. انتهى.

قلت: ما قاله أبو حفص هو الذي يفهم من كلام المدونة.

فرع: وليس للعامل أن يعمل بعمال رب المال ودوابه في غير الحائط المساقى عليه، ولا يجوز له أن يشترط ذلك. قاله في الموطأ. قال الباجي: لا يجوز للعامل أن يعمل بهم في غير الحائط المساقى عليه، سواء كان يعمل بهم في حوائط يملكها أو حوائط ساقى عليها من أجنبي، أو عمل فيها بأجر، وأما رقيقه وعماله فله أن يستعملهم حيث شاء ويستبدل بهم كيف شاء؛ لأنه إنما عليه العمل في الحائط، فإن اشترط ذلك على رب الحائط فسدت المساقاة لأنها زيادة اشترطها، فإن فاتت بالعمل فقياس قول ابن القاسم أن يرد إلى إجارة مثلهم، وإن عمل بهم من غير شرط منع من ذلك، ولا يفسد العقد بذلك.انتهى بالمعنى.

قلت: إلا أن يكون ذلك بإذن رب المال فيجوز. والله أعلم.

ص: ولا تجديد ش: يعني أنه يشترط أيضا في صحة المساقاة أن لا يشترط العامل على رب الحائط أن يجدد فيه دواب وأجراء لم [تكن[595]] فيه حين العقد، فإن شرط ذلك فسدت المساقاة؛ يريد إلا أن يكون ذلك يسيرا كاشتراط دابة أو غلام في الحائط الكبير فإن ذلك جائز بلا خلاف كما سيذكره المصنف في الجائزات، فإطلاقه هنا مقيد بما سيأتي. قال في المدونة: وما لم يكن في الحائط يوم العقد فلا ينبغي أن يشترطه العامل على رب الحائط إلا ما قل كغلام أو دابة [في[596]] حائط كبير، ولا يجوز ذلك في صغير ورب حائط تكفيه دابة واحدة لصغره فيصير هذا يشترط جميع العمل على ربه، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كثر، ولا يجوز للعامل أن يشترط على رب المال دواب أو رقيقا ليسوا في الحائط. قال أبو الحسن: قوله: لا ينبغي معناه لا يجوز، وقال ابن ناجي: لا ينبغي على التحريم يدل عليه ما بعده، [وأصرح[597]] منه قوله: ولا يجوز، وهذا هو المشهور، وقال ابن نافع: لا بأس أن يشترط من الرقيق ما ليس فيه. قال اللخمي: وهو أقيس. انتهى.

ص: وعمل العامل جميع ما يفتقر إليه عرفا ش: كذا في أكثر النسخ عمل بصيغة الفعل الماضي من العمل والعامل/ فاعله وجميع مفعوله، وفي بعض النسخ بجر العامل بعلى الجارة ورفع [جميعُ[598]] 376

الحديث ....

[594] – في المطبوع ومال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 375 ويحيى178 والشيخ284 ومايابى42.

[595] *– في المطبوع وم136 يكن وما بين المعقوفين من سيد60 ويحيى169 ومايابى42 والشيخ284.

[596] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م132 ويحيى169 ومايابى42 والشيخ284 وسيد60.

[597] *– في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من م132 ويحيى169 ومايابى42 والشيخ284 وسيد60.

[598] *– في المطبوع جمع وما بين المعقوفين من ن عدود ص376.

نص خليل كَإِبَّارٍ وَتَنْقِيَةٍ وَدَوَابَّ وَأُجَرَاءَ وَأَنْفَقَ وَكَسَا.

متن الحطاب على أنه مبتدأ تقدم خبره، والمعنى واحد، غير أن على أبين في الدلالة على اللزوم. قال في المدونة: ووجه العمل في المساقاة أن جميع العمل والنفقة وجميع المؤنة على العامل وإن لم يشترط ذلك عليه. انتهى. يريد جميع [العمل[599]] الذي تفتقر إليه الثمرة [وينقطع[600]] بانقطاعها أو يبقى منه بعدها الشيء اليسير. قال في المقدمات: عمل الحائط إن لم يتعلق بإصلاح الثمرة لم يلزم العامل، ولا يصح أن يشترط عليه منه إلا اليسير يعني كسد الحظيرة وإصلاح الضفيرة. قال: وإن تعلق بإصلاح الثمرة وكان ينقطع بانقطاعها أو يبقى بعدها الشيء اليسير فهذا [الذي[601]] يلزم المساقى، وذلك كالحفر والسقي وزبر الكروم وتقليم الشجر والتسريب والتسديد [وإصلاح[602]] مواضع السقي والتذكير والجداد وما أشبه ذلك.قال: وإن كان يتأبد ويبقى بعد الثمرة كإنشاء حفر بئر أو إنشاء ضفيرة أو إنشاء غراس أو بناء بيت تجنى فيه الثمرة كالجرين وما أشبه ذلك فلا يلزم العامل، ولا يجوز اشتراط ذلك عليه عند المساقاة. انتهى.

ص: **كإبار** ش: قال في الصحاح: وتأبير النخل تلقيحه، يقال نخلة مؤبرة مثل مأبورة، والاسم منه الإبار على وزن الإزار. انتهى. ولم يذكر الفاكهاني في شرح الرسالة غير هذا، والجاري على الألسنة الإبار بالتشديد وهو جائز، قال الزمخشري في قوله تعالى: ﴿ وكذبوا بآياتنا كذابا ﴾: فعال في باب فعل فاش [في[603]] كلام [فصحاء[604]] من العرب لا يقولون غيره، وسمعني بعضهم أفسر آية فقال لقد فسرتها فسارا ما سمع بمثله، وقال غير الزمخشري هي لغة لبعض العرب يمانية. والله أعلم. وقال أبو الحسن: التلقيح والتذكير والإبار ألفاظ مترادفة. قال في المدونة: ولا بأس باشتراط التلقيح على رب المال، فإن لم يشترط فهو على العامل. وقال بعده: وإنما يجوز لرب المال أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته، وذكر أشياء منها إبار النخل وهو تذكيرها. انتهى. قال اللخمي: اختلف قول مالك في الإبار فجعله مرة على رب الحائط، ومرة على العامل، فتأول بعضهم ذلك على أن على رب الحائط الشيء الذي يلقح به، وعلى العامل العمل. قال اللخمي: وليس بالبين. انتهى. قال في التوضيح بعد أن ذكر القولين: حمله بعضهم على الخلاف.

قلت: الذي يظهر من المدونة أنه على العامل إلا أن يشترطه على رب المال، وكلامه الأخير لا يعارض الأول، ولذلك –والله أعلم– أطلق المصنف فيه.

ص: **وأنفق وكسا** ش: يعني أن العامل يلزمه أن ينفق على الدواب والأجراء وأن يكسوهم، سواء

الحديث

---

[599] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى179 والشيخ285 ومايابى42.

[600] – في المطبوع ويقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص376 ويحيى169 ومايابى42 والشيخ284 وسيد60.

[601] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 ويحيى179 والشيخ285 ومايابى42.

[602] *– في المطبوع وصلاح وما بين المعقوفين من م132 ويحيى169 ومايابى43 وسيد60 والشيخ285.

[603] *– في المطبوع من وما بين المعقوفين من سيد60 وم132 ويحيى169 ومايابى43 والشيخ285.

[604] *– في المطبوع وم132 فصاح وما بين المعقوفين من سيد60 والشيخ285 وهو الذي في مطبوعة الكشاف ج4 ص689.

نص خليل لاَ أُجْرَةُ مَنْ كَانَ فِيهِ أَوْ خَلَفُ مَن مَّاتَ أَوْ مَرِضَ كَمَارَثٌ عَلَى الأَصَحِّ.

متن الحطاب [كانوا[605]] له أو لرب الحائط، وهذا مذهب المدونة. قال فيها: وعليه نفقة نفسه ونفقة دواب الحائط من رقيقه كانوا له أو لرب الحائط، ولا يجوز أن يشترط نفقتهم أو نفقة العامل نفسه على رب الحائط . قال ربيعة: ولا تكون بينهما [ولا يكون شيء[606]] من النفقة في ثمر الحائط. قال أبو الحسن: قول ربيعة تفسير وقال اللخمي في مختصر ما ليس في المختصر إن نفقة دواب رب الحائط عليه.

ص: لا أجرة من كان فيه ش: يعني أن حكم الأجرة مخالف لحكم النفقة والكسوة، فإنه إنما يلزم العامل أجرة من/ استأجره هو، وأما من كان في الحائط عند عقد المساقاة فأجرته على ربه. قال في التوضيح: هكذا قال في الواضحة، وقيده اللخمي بما إذا كان الكراء وجيبة. قال: وإن كان الكراء غير وجيبة فحكمه حكم ما لا أجراء فيه، وخالف في ذلك الباجي، ورأى أن ذلك على ربه، ولو كان غير وجيبة قال: وهذا إذا كان مستأجرا لجميع العام، وإن كان مستأجرا لبعضه فلم أر الآن في ذلك نصا، وعندي أن عليه أن يستأجر من يتم العمل لأنه لو مات للزمه ذلك، فكذلك إذا انقضت مدة إجارته. [اهـ.[607]] وما ذكره عن الواضحة هو ظاهر المدونة؛ لقوله فيها: وأما ما كان في الحائط يوم التعاقد من دواب ورقيق فخلف من مات منهم على رب الحائط وإن لم يشترط العامل ذلك [عليه:[608]] إذ عليهم عمل العامل، ولو شرط خلفهم على العامل لم يجز.انتهى. وليس في المدونة التصريح بأن الأجرة على رب الحائط كما قال الشارح، وأما كلام اللخمي فمخالف لظاهر المدونة لأنه إذا كان عليه خلف من مات من الأجراء فذلك يقتضي أن الأجرة عليه، سواء كانت وجيبة أو غير وجيبة، وكذلك إذا انقضت [الاجارة[609]] في بعض العام فظاهر المدونة أنه يلزمه إتمام الأجرة في بقية السنة أو استئجار شخص آخر خلفه. قال ابن ناجي في شرح المدونة: ذكر الموت في الكتاب طردي لقول اللخمي الإباق والتلف في أول العمل كالموت. انتهى.

قلت: وقال اللخمي أيضا: لو أراد رب الحائط أن يخرج من فيه ويأتي بمن يعمل عملهم لم يكن للعامل في ذلك مقال. والله أعلم.

ص: كما رث على الأصح ش: يعني أن ما كان في الحائط من حبال أو أدلية وآلات من حديد ونحو ذلك يوم عقد المساقاة فإنه يكون للعامل، ولا يجوز لرب الحائط إخراجه كما تقدم، وما لم يكن في الحائط فعلى العامل الإتيان به، فإذا رث ما كان في الحائط من الآلات أي بلي فهل يجب على رب المال خلفه، أو لا يلزم ربه خلفه ويكون خلفه على العامل؟ ذكر الباجي في ذلك قولين. قال: وكونه على العامل أظهر؛ لأنه إنما دخل على أن ينتفع به حتى تهلك عينه، وأمد انتهائها معلوم، بخلاف

377

الحديث ....

[605] *- في المطبوع وم132 كان وما بين المعقوفين من سيد60 ويحيى169 ومايابى43 والشيخ285.

[606] – في المطبوع ولا شيء يكون من النفقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 376 والشيخ285 ومايابى43.

[607] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 377 ويحيى179 والشيخ285 ومايابى43.

[608] *- في المطبوع وم132 ويحيى169 ومايابى43 والشيخ285 وسيد60 عليهم وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص411.

[609] *- في المطبوع الأجرة وما بين المعقوفين من مايابى93 ويحيى179 والشيخ285 وم132 وسيد60.

نص خليل

كَزَرْعٍ وَقَصَبٍ وَبَصَلٍ وَمقْثَأةٍ إنْ عَجَزَ رَبُّهُ وَخِيفَ مَوْتُهُ وَبَرَزَ وَلَمْ يَبْدُ صَلاَحُهُ وَهَلْ كَـذَلِكَ الْـوَرْدُ وَنَحْـوُهُ وَالْقُطْنُ أوْ كَالأوَّلِ وَعَلَيْهِ الأكْثَرُ تَأوِيلاَنِ وَأقتَتْ بِالْجَذَاذِ.

متن الحطاب

العبد والدابة فإنه لا يعلم أمد ذلك، وجزم اللخمي بأن خلف ذلك على العامل، ولم يحك فيه خلافا، إذا علم ذلك فقول المصنف: "كما رث" إن كان بكاف التشبيه كما هو في غالب النسخ، فكان من حقه أن يذكر قبل قوله: "لا أجرة من كان فيه" كما قال ابن غازي لأنه مشبه بما هو على العامل، وإن كان بلا النافية فهو مخرج من المنفي [قبله؛[610]] أي ليس على العامل خلف من مات أو مرض ممن كان فيه وعليه خلف ما رث.

فرع: فلو سرق ما كان في الحائط من الأثاث كان على رب الحائط إخلافها اتفاقا. قاله في التوضيح. فإذا أخلفها ربه انتفع به العامل قدر ما كان ينتهي إليه المسروق ثم يختلف فيه حينئذ، فمن قال إذا بلي يلزم ربه خلفه قال يستمر العامل على الانتفاع به، ومن قال الخلف على العامل قال لربه أن يأخذه. والله أعلم.

ص: **كزرع وقصب وبصل ومقثاة** ش: تقدم الكلام على مساقاة زرع البعل أول الباب، والمقثاة بالثاء المثلثة قبل الألف/ والتاء الفوقية بعدها. 378

ص: **أو كالأول وعليه الأكثر** ش: كلامه في المدونة كالصريح في هذا، ونصه: ولا بأس بمساقاة الورد والياسمين والقطن، وأما المقاثيء والبصل وقصب السكر فكالزرع تساقى إن عجز ربه. انتهى. قال في التوضيح: وقول من حمل المدونة على الجواز مطلقا أظهر.انتهى. وقال في المقدمات: لا ينبغي أن يختلف أن المساقاة في الياسمين والورد جائزة على مذهب مالك وإن لم يعجز صاحبها عن عملها. انتهى. وأما القطن فاستبعد ابن رشد [الجواز[611]] فيه على الإطلاق، وذكر في التوضيح عن ابن يونس أنه أشار إلى أن الخلاف في القطن ينبغي أن يكون خلافا في حال، ففي بعض البلاد يكون شجرة كالأصول الثابتة تجنى سنين، وفي بعضها [يكون[612]] كالزرع يساقى إن عجز ربه.انتهى. قال في التوضيح: ليس له أصل ثابت، وهذا ظاهر فليتأمل. والله أعلم.

ص: **وأقتت بالجداد** ش: يعني أن الشأن في المساقاة أن تؤقت بالجداد، ولم يبين رحمه الله هل التوقيت بذلك شرط في صحة المساقاة، أو ليس بشرط؟ والذي يقتضيه كلامه في المدونة أن ذلك ليس بشرط قال فيها: والشأن في المساقاة إلى الجداد ولا يجوز شهرا ولا سنة محدودة وهي إلى الجداد إذا لم يؤجلا. انتهى. وقال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: ويشترط تأقيتها وأقله إلى الجداد وإن أطلق حمل عليه اشتراط الأجل مع الحكم بصحة عقد المساقاة المطلقة بُعْدٌ، فإن قلت مراده أن وجود الجهالة في العقد يفسده وهو أمر زائد على إطلاق العقد. قلت: فعلى هذا تكون الجهالة مانعة من الصحة؛ لأن التأقيت شرط في الصحة انتهى. وقال أبو الحسن: قوله: ولا تجوز شهرا ولا سنة

الحديث

....

[610] *- في المطبوع قوله وما بين المعقوفين من م132 وسيد60 ويحيى169 ومايابى44 والشيخ286.

[611] - في المطبوع الخلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى180 والشيخ286 ومايابى44.

[612] *- في المطبوع تكون وما بين المعقوفين من م133 وسيد60 ومايابى44 ويحيى170 والشيخ286.

نص خليل وَحُمِلَتْ عَلَى الأَوَّلِ إن لَّمْ يُشْتَرَطْ ثَانٍ وَكَبَيَاضِ نَخْلٍ أَوْ زَرْعٍ إِنْ وَافَقَ الْجُزْءَ وَبَذْرَهُ الْعَامِلُ وَكَانَ ثُلُثًا بِإِسْقَاطِ كُلْفَةِ الثَمْرَةِ وَإِلاَّ فَسَدَ.

متن الحطاب محدودة ظاهره كان الأجل ينقضي قبل الجداد أو بعده فهذا لا يجوز؛ لأنه إن كان لا ينقضي إلا بعد الجذاذ [فهو زيادة[613]] اشترطها العامل على رب الحائط؛ لأن رب الحائط يعمل في نصيبه فلهذا قال لا تجوز شهرا ولا سنة محدودة. انتهى. وقال ابن رشد في سماع أشهب: مسألة: وسألته عن الذي ساقى ثلاث سنين أليس ذلك من جذاذ إلى جذاذ؟ قال بلى. قال ابن رشد: هذا مما لا اختلاف فيه أعلمه لأن السنين في المساقاة إنما هي بالأجدة لا بالأهلة، بخلاف القبالات التي إنما هي بالأهلة لا بالأجدة، فإن ساقاه السنين واشترط أحدهما على صاحبه الخروج قبل الجذاذ أو بعده رد في ذلك إلى مساقاة مثله. انتهى. وقال اللخمي: المساقاة إلى السنتين والثلاث على وجهين إن أريد انقضاء السقي بانقضاء الثمرة التي تكون في تلك السنين جاز، وإن كان القصد التمادي بالعمل إلى انقضاء شهور تلك السنة وإن جدت الثمرة لم تجز، وكان العامل في السنين الأولى على مساقاة مثله، وفي العام الأخير من حين تجد الثمرة إلى آخر ذلك العام على إجارة مثله. انتهى.

قلت: فتحصل من هذا أن المطلوب في المساقاة أن تؤقت بالجذاذ، سواء عقداها لعام واحد أو لسنين متعددة، فإن عقداها وأطلقا حملت على الجذاذ وعلى أنها لعام واحد، وإن عقداها لسنة أو لسنتين وأطلقا حملت أيضا على الأجدة، وإن أراد التحديد [بانقضاء السنة[614]] العربية أو السنين العربية لم يجز، وتفسد المساقاة بذلك، وسيأتي شيء من هذا عند قول المصنف: "وسنين".

ص: **وحملت على أول [إن[615]] لم يشترط ثان** ش: فإن اشترط الثاني جاز. قال في المدونة: وإن كانت تطعم في العام مرتين فهي إلى الجداد الأول حتى يشترط الثاني. ثم قال في آخر الكتاب: ولا بأس بمساقاة نخل يطعم في السنة مرتين، كما تجوز مساقاة عامين، وليس ذلك مثل ما ذكره هنا من مساقاة القضب؛ لأن القضب يحل بيعه وبيع ما يأتي بعده، والشجر لا يباع ثمارها قبل أن تزهي. انتهى. يعني أن النخل والشجر وإن كان يطعم في السنة مرتين فليس هو كالقضب الذي يخلف لما ذكره، والقضب بالضاد المعجمة. والله أعلم.

379 ص: **وكبياض نخل أو زرع** ش:/ قال في التوضيح: البياض عبارة عن الأرض الخالية عن الشجر، وسواء كان البياض بين أضعاف السواد أو منفردا عن الشجر. قاله ابن المواز. انتهى. ولو قال المصنف وكبياض شجر لكان أشمل، ومراده أنه يجوز إدخال البياض الكائن مع الشجر أو مع الزرع في مساقاة الشجر وفي مساقاة الزرع بالشروط المذكورة. والله أعلم.

ص: **وبذره العامل** ش: فإن دخلا على أن البذر من عند رب الحائط أو منهما جميعا لم يجز. قاله في المدونة. وبقي شرط رابع، وهو أن يكون حرثه والعمل فيه على العامل. قال في المدونة: ولا يجوز

الحديث ....

---

[613] - في المطبوع ويحيى180 وم133 وسيد60 فهي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 والشيخ286 ومايابى44.
[614] - في المطبوع بالسنة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 378 ويحيى180 والشيخ286 ومايابى45.
[615] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 378 ويحيى180 والشيخ286 ومايابى45.

نص خليل

كَاشْتِرَاطِهِ رَبُّهُ وَأُلْغِيَ لِلْعَامِلِ إِنْ سَكَتَا عَنْهُ أَوِ اشْتَرَطَهُ وَدَخَلَ شَجَرٌ تَبِعَ زَرْعًا وَجَازَ زَرْعٌ وَشَجَرٌ وَإِنْ غَيْرَ تَبَعٍ وَحَوَائِطَ وَإِنِ اخْتَلَفَتْ بِجُزْءٍ إِلاَّ فِي صَفَقَاتٍ وَغَائِبٍ إِنْ وُصِفَ وَوَصَلَهُ قَبْلَ طِيبِهِ.

متن الحطاب

أن يشترط فيه نصف البذر على رب الحائط أو حرث البياض فقط وإن جعلا الزرع بينهما، وإن كان على أن يزرعه العامل من عنده ويعمله وما أنبت بينهما فجائز.انتهى.

ص: [كاشتراط ربه[616]] ش: هذا إذا كان العامل يسقيه أو يبذره أو يعمل فيه. قال في المدونة: وكذلك إن كان يناله سقي العامل. قاله في الموطإ. قال ابن حبيب: وإن كان بعلا [أو[617]] كان لا يسقى بماء الحائط فجائز. قال في التوضيح: وهذا ينبغي أن يكون تقييدا لما في الموطإ. انتهى.

قلت: وسياق كلام أبي الحسن يقتضي أنه تقييد، ولا فرق في ذلك بين كون البياض كثيرا أو يسيرا. والله أعلم.

ص: وألغِيَ للعامل إن سكتا عنه ش: يعني أن المتعاقدين إذا سكتا عن البياض حين عقد المساقاة فلم يشترطه، ولا اشترطه رب المال فإنه يكون للعامل؛ يريد إذا كان يسيرا؛ لأن الكلام فيه.

ص: أو اشترطه ش: يعني أن العامل إذا اشترط البياض لنفسه فإن ذلك جائز؛ يريد إذا كان يسيرا كما تقدم، وهذا لا خلاف فيه، ونص في المدونة وغيرها على أن إلغاء البياض للعامل هو المطلوب، ولفظ المدونة: قال مالك: وأحب إلي أن يلغى البياض فيكون للعامل وهذا أصله. قال عبد الحق: فإن اعترض معترض وقال: أليس قد ساقى عليه الصلاة والسلام أهل خيبر على شطر ما أخرجت من تمر أو حب1؟ فلم استحب مالك إلغاء البياض ولم يستحب ما في الحديث من كونه بينهما؟/ 380 فالجواب: أنه جاء في حديث آخر أنه ترك لهم بياض النخل1، فاستحب مالك هذا إذا كان في كون البياض بينهما كراء الأرض بما يخرج منها. والله أعلم.

فرع: فلو اشترط العامل البياض اليسير وزرعه ثم أجيحت الثمرة قال مالك في سماع سحنون: عليه كراء البياض. قال ابن رشد: ومعنى ذلك أن العامل لما أجيحت الثمرة أبى أن يتمادى على عمل الحائط إلى آخر ما يلزمه من سقائه، ولو تمادى على ذلك لم يكن عليه في البياض كراء. قال: ويبين ذلك قول مالك في كتاب ابن سحنون: وكذلك لو عجز العامل عن الأصل كان عليه البياض بكراء مثله. فشبه المسألة الأولى بعجز العامل عن العمل. انتهى بالمعنى. والله أعلم.

ص: وغائب إن وصف ووصله قبل طيبه ش: يعني أنه تجوز المساقاة على الحائط ولو كان غائبا، وظاهره سواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، وهو كذلك إذا حصل الشرطان المذكوران الأول أن يوصف للعامل، والمراد بالوصف أن يذكر جميع ما يحتاج إليه من العمل فيذكر ما فيه من الرقيق والدواب، أو لا شيء فيه، وهل هو بعل، أو [يسقى[618]] بالعين أو بالغرب وتوصف أرضه وما هي عليه من الصلابة أو غيرها ويذكر ما فيه من أجناس الأشجار وعددها والقدر المعتاد مما يوجد فيها؟ أشار إلى

الحديث

1- عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 1551، والبخاري في صحيحه، كتاب الحرث والمزارعة، رقم الحديث 2329.

616 – في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 379 ويحيى180 والشيخ287 ومايابى45.

617 *– في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من م133 وسيد60 ومايابى45 ويحيى170 والشيخ287.

618 – في المطبوع سقي ويحيى181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 والشيخ287 ومايابى46.

نص خليل وَاشْتِرَاطُ جُزْءِ الزَّكَاةِ عَلَى أَحَدِهِمَا.

متن الحطاب ذلك اللخمي، ونقله أبو الحسن.

تنبيه: وانظر هل يُكتفى بوصف رب الحائط، أو لا بد أن يصفه غيره، والظاهر أنه يُكتفى بوصف [ربه[619]] كما في البيع، ولم أقف عليه منصوصا، والظاهر أيضا أن رؤية العامل للحائط قبل عقد المساقاة بمدة لا يتغير بعدها تقوم مقام الوصف، وانظر هل يجوز أن تعقد المساقاة معه من غير وصف على أنه بالخيار إذا رآه كما في البيع؟ والظاهر الجواز أيضا كما في البيع، وقد يؤخذ ذلك من قوله في المدونة: ولا بأس بمساقاة الحائط الغائب ببلد بعيد إذا وصف كالبيع. انتهى. الشرط الثاني أن يعقد المساقاة في زمن يمكن وصول العامل فيه قبل طيب الحائط، وهذا معنى قول المصنف: "ووصله قبل طيبه" وأما إن كان لا يصل إليه إلا بعد طيبه فلا تجوز. قاله الشيخ أبو محمد. قال عبد الحق: هذا على أصل ابن القاسم، وقال بعض شيوخنا ويجوز ذلك على قول سحنون وإن كان لا يصل إلا بعد الطيب.

فرع: فإن عقد المساقاة في زمن يمكن وصوله قبل الطيب فتوانى في طريقه فلم يصل إلا بعد الطيب لم تفسد المساقاة بذلك. ذكره أبو الحسن عن بعض القرويين، ونقله في الشامل.

فرع: ونفقة الحمل في خروجه عليه وليس كالقراض. قاله في المدونة.

ص: واشتراط جزء الزكاة ش: يعني أنه يجوز أن يشترط أن الزكاة تخرج من حصة أحدهما. قال في المدونة: ولا بأس أن يشترط الزكاة في حظ أحدهما لأنه يرجع إلى جزء معلوم ساقاه عليه، فإن لم يشترطا شيئا فشأن الزكاة أن يبدأ بها ثم يقتسمان ما بقي. انتهى. واعلم أن الحائط في المساقاة إنما يزكى على ملك ربه، فتجب الزكاة فيه إذا كان ربه حرا مسلما، وكان في الحائط خمسة أوسق، وكذا إن كان أقل إذا كان لربه حائط آخر إذا ضم ثمره إلى ما خرج من هذا الحائط بلغ خمسة أوسق، وسواء كان العامل حرا مسلما أم لا، وسواء حصل له نصاب أو دون النصاب، فتخرج الزكاة من جملة الحائط ثم يقسم ربه والعامل ما بقي على ما اتفقا عليه من الأجزاء، وإن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه الزكاة بأن كان عبدا أو كافرا فلا تجب الزكاة في حصته ولا في حصة العامل ولو كان حرا مسلما وحصل له نصاب، ولو حصل للعامل من حائط له غير الحائط المساقى عليه بعض النصاب لم يضم إلى ما حصل له في الحائط سواء وجبت فيه الزكاة أم لم تجب. قاله ابن رشد في سماع أشهب من كتاب المساقاة، وفي نوازل أصبغ من كتاب القراض: وقال إنه لا خلاف في ذلك. قال ابن عرفة: وزكاة المساقاة قال في البيان: الواجب إخراجها من جملة الثمرة إن بلغت نصابا، أو كان/ لرب الحائط ما إن ضمه إليها بلغت ثم يقتسمان ما بقي. اللخمي: قول مالك إنها مزكاة على ملك رب الحائط يجب ضمها لما له من ثمر غيرها ويزكى جميعها ولو كان العامل ممن لا تجب عليه، وتسقط إن كان رب الحائط ممن لا تجب عليه والعامل ممن تجب عليه. انتهى.

381

فرع: قال في التوضيح: ولو شرط رب المال الزكاة على العامل ونقص الحائط عن النصاب فقيل

الحديث ....

---

[619] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 380 ويحيى181 والشيخ287 ومايابى46.

نص خليل وَسِنِينَ مَا لَمْ تَكْثُرْ جِدًّا بِلاَ حَدٍّ وَعَامِلٍ دَابَّة أَوْ غُلاَمًا فِي الْكَبِيرِ.

متن الحطاب يقتسمان الثمرة نصفين، وقال سحنون لرب الحائط ستة أعشارها، وللعامل أربعة أعشارها. وقال ابن عبد السلام: يقتسمان الثمرة أتساعا؛ لرب الحائط خمسة، وقيل يقتسمانها من عشرين؛ لرب الحائط أحد عشر جزءا وللعامل تسعة أجزاء. وقال في الشامل: ولو شرطت على العامل فلم تجب فله نصف الغلة كإن سكتا عنها، وقيل أربعة أعشارها، وقيل تسعة أجزاء من عشرين، وزكى على ملك ربه. انتهى. وهذا حيث دخلا على أن للعامل نصف الثمرة وإلا فله بحسب ما دخلا عليه.

ص: وسنين ما لم تكثر جدا بلا حد ش: يعني أنه يجوز أن تعقد المساقاة على سنين متعددة ما لم تكثر جدا، ولم يحد مالك في الكثرة حدا، ويشير إلى قوله في المدونة: ويجوز أن يساقيه سنين ما لم تكثر جدا. قيل: فعشرة؟ قال: لا أدري تحديد عشرة ولا ثلاثين ولا خمسين. انتهى. قال في التوضيح: وهذا يحتمل معنيين؛ أحدهما أنه لم يثبت عنده شيء من السنة، والثاني أنه رأى أن ذلك يختلف باختلاف الحوائط؛ إذ الجديد ليس كالقديم، فلو حدد لفهم الاقتصار على ذلك الحد، ثم ذكر عن صاحب المعين أنه قال يستحب أن تكون المساقاة من سنة إلى أربع قال: فإن طالت السنون جدا فسخت. انتهى.

قلت: وما ذكره عن صاحب المعين ذكره في المتيطية.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وتجوز إلى سنين والأخيرة بالجداد. قال في التوضيح: قال في البيان: لا خلاف في ذلك، وسواء تقدم الجداد أو تأخر عنها. انتهى. [وقال في التوضيح قبل ذلك عن صاحب المعين: والصواب في المساقاة أن تورخ بالشهور العجمية التي فيها الجداد، فإن أرخت بالعربية فانقضت قبل الجداد تمادى العامل إليه. انتهى.[620]]

قلت: ونقله في المتيطي بلفظ: فإن انقضت المدة قبل الجداد فعلى العامل التمادي إلى الجداد. انتهى.ثم قال في التوضيح: ولما نقل أبو الحسن أنها تورخ بالسنة العجمية قال: هذا في السنين الكثيرة؛ لأن السنين بالعربي تنتقل. انتهى.

قلت: فإن قصد التحديد بالعربي سواء تقدم على الجداد أو تأخر فإن المساقاة تفسد بذلك كما تقدم عند قوله: "وأقتت بالجداد". والله أعلم.

ص: [وعامل[621]] **دابة أو غلاما في الكبير** ش: هذا معطوف على قوله: "سنين" لكن الأول من باب إضافة المصدر للمفعول، وهذا من إضافته للفاعل، وانظر هل يجوز ذلك في العربية؟ وقوله في الكبير بالباء الموحدة، والمعنى أنه يجوز أن يشترط العامل على رب المال أن يعينه [بدابة[622]] أو غلام إذا كان الحائط كبيرا، وأما إن كان صغيرا فلا يجوز ذلك.

الحديث ....

[620] – ساقطة من المطبوع ومايابى47 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى181 والشيخ288.

[621] – في المطبوع أو عمل ويحيى181 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 (وم والشيخ288 أو عامل) ومايابى47 (بلفظ أو عامل).

[622] – في المطبوع بالدابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص381 وم134 وسيد61 ويحيى171 ومايابى47 والشيخ288.

نص خليل وَقَسْمُ الزَّيْتُونِ حَبًّا كَعَصْرِهِ عَلَى أَحَدِهِمَا وَإِصْلَاحِ جِدَارٍ وَكَنْسِ عَيْنٍ وَسَدِّ حَظِيرَةٍ وَإِصْلَاحِ ضَفِيرَةٍ أَوْ مَا قَلَّ.

متن الحطاب **تنبيه:** قوله: "دابة أو غلاما" بأو مثل لفظ المدونة، وقال أبو الحسن: ظاهره أحدهما على البدل لا مجموعهما، والمقصود إنما هو اليسارة كما قال فيما يأتي، وإنما يجوز اشتراط ما قل فيما كبر. انتهى.

قلت: فظاهره أنه إذا كان الحائط كبيرا [يجوز اشتراط مجموعهما، بل قد يقال يفهم منه أنه لا مفهوم لقوله: [دابة أو غلاما[623]]، وأنه يجوز اشتراط الدابتين والغلامين إذا كان الحائط كبيرا[624]] فتأمله.

فرع: قال أبو الحسن: قال ابن يونس: إذا اشترط الغلام أو الدابة فخلف ما مات من ذلك على رب المال إذ عليهم عمل العامل فهو بمنزلة ما لو كانوا فيه، وقال اللخمي: إن شرط من ذلك غير معين كان على ربه خلفه، وإن كان معينا فقال هذا العبد أو هذه الدابة لم يجز إلا أن يشترط الخلف. انتهى. وقال في التوضيح: إذا شرط غلاما أو دابة فقال سحنون لا يجوز ذلك إلا بشرط الخلف، وقيل يجوز وإن لم يشترط الخلف والحكم يوجبه. قال في البيان: وهو ظاهر ما في الواضحة، وما في [المدونة[625]] محتمل للوجهين، والذي أقول به وهو تفسير لجميع الروايات أنه إن عين الغلام أو الدابة بإشارة أو تسمية فلا تجوز المساقاة إلا بشرط الخلف، وإن لم يكن معينا فالحكم يوجبه وإن لم يشترط./ انتهى. 382

ص: **وقسم الزيتون حبا كعصره على أحدهما** ش: ظاهر كلامه أنه يجوز اشتراط قسم الزيتون حبا، ويجوز اشتراط عصره على أحدهما، فإن لم [يشترطا[626]] واحدا من الأمرين لزمهما أن يعصراه ولا يقتسماه إلا بعد عصره، وهو ظاهر لفظ المدونة، لكنه خلاف ما ذكره أبو الحسن الصغير عن سحنون أن منتهى المساقاة في الزيتون جَنْيُه. قال في المدونة: قال مالك في الزيتون: إن شرط قسمه حبا جاز، وإن شرط عصره على العامل جاز ذلك. قال أبو الحسن: زاد ابن يونس في نقله ليسارته، قال أبو إسحاق: إن شرطا عصره على رب الحائط جاز. قال ابن يونس: وإن لم يكن فيه شرط فعصره بينهما، وحكاه اللخمي عن ابن المواز وسحنون. قال سحنون: منتهى المساقاة جناه. انتهى. ومقتضى كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب المساقاة أن كلام سحنون هو المذهب، ويمكن أن يحمل كلام المصنف على أن المراد أن قسم الزيتون حبا إن شرطه أحدهما عمل به، ولو كان العرف أن عصره على أحدهما عمل به وإن لم يشترطا ذلك وكان عرف عمل به، فإن لم يكن عرف ولا شرط فعصره عليهما، وإن [أحبا[627]] قسمه حبا جاز فتأمله.

ص: **أو ما قل** ش: لو قدمه على قوله: "وإصلاح جدار" وأدخل عليه الكاف فقال: "كإصلاح جدار" لكان أحسن؛ لأن فيه تنبيها على أن العلة في [جواز[628]] اشتراطهما على العامل [هو[629]]

الحديث ....

623 – في نسخة عدود وم134 وسيد61 والشيخ289 دابة وغلام وما بين المعقوفين من يحيى171.

624 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182.

625 – في المطبوع البيان وما بين المعقوفين من ن عدود ص 381 ويحيى182 والشيخ288 ومايابى47.

626 *– في المطبوع يشترط وما بين المعقوفين من م134 وسيد61 ويحيى172 والشيخ289 ومايابى48.

627 *– في المطبوع وم134 أحب وما بين المعقوفين من سيد61 ويحيى172 ومايابى48 والشيخ289.

628 – في المطبوع جوازه وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى182 والشيخ289 ومايابى47.

نص خليل وَتَقَايُلُهُمَا هَدَرًا.

متن الحطاب [يسارتهما[630]] كما قال في المدونة، وإنما يجوز لرب الحائط أن يشترط على العامل ما تقل مؤنته [مثل[631]] سرو الشَّرَبِ؛ وهو تنقية ما حول النخل من مناقع الماء [وجم[632]] العين وهو كنسها وقطع الجريد وإبار النخل وهو تذكيره، وسد الحظار واليسير من إصلاح [الضفيرة[633]] ونحوه مما تقل مؤنته فيجوز اشتراطه على العامل، وإلا لم يجز، وسرو الشرب بفتح السين المهملة وسكون الراء من السرو، وبفتح الشين المعجمة والراء من الشرب.

ص: وتقايلهما هدرا ش: يعني أن العامل إذا عقد المساقاة على حائط ثم أراد المقايلة من رب الحائط أو ممن صار إليه ببيع أو إرث فإن ذلك جائز إذا تقايلا هدرا من غير أن يدفع أحدهما للآخر شيئا. قال في المدونة: ومن ساقى رجلا ثلاث سنين فليس لأحدهما المتاركة حتى تنقضي؛ لأن المساقاة تلزم بالعقد، وإن لم يعمل وليس لأحدهما الترك إلا أن يتتاركا بغير شيء يأخذه أحدهما من الآخر فيجوز؛ لأن هذا ليس ببيع ثمر لم يبد صلاحه؛ إذ للعامل أن يساقي غيره، فرب الحائط كأجنبي إذا تركه. انتهى. وقال بعده في المدونة: ومن ساقيته حائطك لم يجز أن يقيلك على شيء تعطيه إياه كان قد شرع في العمل أم لا؛ لأنه غرر، إن أثمر النخل فهو بيع الثمرة قبل [زهوها،[634]] وإن لم يثمر فهو أكل المال بالباطل. انتهى.

فرع: فإن [خرجا[635]] من المساقاة قبل العمل أو بعده [لرب الحائط[636]] أو للمبتاع على شيء يعطاه لم يجز باتفاق، فإن وقع ولم يعثر على ذلك حتى فات بالعمل رد فيما عمل إلى إجارة مثله، وإن خرج على جزء مسمى، فإن كان قبل العمل فلا خلاف في جواز ذلك، وإن كان بعد العمل فأجاز ذلك ابن القاسم في رسم الأقضية من سماع أصبغ، ومنعه في رسم البيوع من/ سماع أشهب خوف أن تكون المساقاة التي أظهر أولا وآخرا ذريعة لاستئجار العامل في المدة التي عمل فيها بالجزء الذي جعل له من الثمرة، فإن وقع ذلك رد إلى إجارة مثله. قال ابن رشد: فإن فعلا ذلك لأمر بدا لهما دون دلسة فلا حرج عليهما لأنها بانفرادها مساقاة صحيحة. انتهى مختصرا من رسم البيوع. وظاهر كلام ابن رشد أن هذا هو المذهب، وحكاه في التوضيح وقبله، وذكره في الشامل بقيل، وليس بظاهر.

383

الحديث ....

[629] *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب هي.

[630] - في المطبوع يسارتها ويحيى182 والشيخ289 ومايابى48 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382.

[631] - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى182 والشيخ289.

[632] *- كذا في المطبوع والنسخ المخطوطة ولعلها خم بالخاء ففي القاموس خم البيت والبئر كنسها وأقرها الشيخ محمد سالم.

[633] - في المطبوع الضفير ومايابى48 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 382 ويحيى182 والشيخ289.

[634] *- في المطبوع وم134 ومايابى48 وسيد61 والشيخ289 زهوه وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص417 وفي يحيى172 الثمر قبل زهوه.

[635] - في المطبوع خرج ويحيى182 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 382 والشيخ289 ومايابى48.

[636] - في المطبوع فلرب وما بين المعقوفين من ن ذي ص382 وم134 وسيد61 ويحيى182 والشيخ289 ومايابى48.

نص خليل وَمُسَاقَاةُ الْعَامِلِ آخَرَ وَلَوْ أَقَلَّ أَمَانَةً وَحُمِلَ عَلَى ضِدِّهَا وَضَمِنَ فَإِنْ عَجَزَ وَلَمْ يَجِدْ أَسْلَمَهُ هَدَرًا وَلَمْ تَنْفَسِخْ بِفَلَسِ رَبِّهِ وَبِيعَ مُسَاقًى وَمُسَاقَاةُ وَصِيٍّ وَمَدِينٍ بِلاَ حَجْرٍ وَدَفْعُهُ لِذِمِّيٍّ لَمْ يَعْصِرْ حِصَّتَهُ خَمْرًا.

متن الحطاب **تنبيه**: قال أبو الحسن: قوله: "إذ للعامل أن يساقي غيره" فاستدل على متاركة رب الحائط بمساقاة الغير، فجعلها مساقاة تنعقد بغير لفظ المساقاة، وإنما أجازها بغير لفظها لأنها إقالة، والإقالة معروف.

ص: ومساقاة العامل آخر ش: أما إذا ساقى على مثل الجزء الذي سوقي عليه فذلك جائز قبل العمل وبعده على مذهب مالك أنها من العقود اللازمة، وعلى القول بأنها من العقود الجائزة فلا تجوز قبل الشروع في العمل إلا برضا ربه، وإن ساقاه على أن للعامل الثاني أقل من الجزء الذي جعله له رب الحائط فكذلك، وإن كان على أن للعامل الثاني أكثر فقال ابن رشد في رسم سن من سماع ابن القاسم من كتاب المساقاة: فإن ساقاه على أكثر من الجزء الذي ساقى عليه صاحب الحائط مثل أن يكون ساقاه صاحب الحائط على أن يكون له النصف وساقى هو الآخر على أن يكون له الثلثان، فإن كان بعد أن عمل كان له الفضل أيضا على مذهب مالك الذي يرى المساقاة تلزم بالقول، ولم يكن [له[637]] على مذهب من يرى أنها من العقود الجائزة التي لا تلزم بالقول. انتهى.

ص: ولم تنفسخ بفلس ربه وبيع مساقي ش: ظاهر قوله: "بيع" سواء كان مساقي سنة أو سنتين، ومنعه سحنون في السنتين، وصرح ابن عبد السلام والمصنف بأن قول سحنون خلاف قول ابن القاسم. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة عن اللخمي: ولو أحب المفلس تأخير بيع الثمرة لطيبها وطلب الغرماء تعجيله فالقول قولهم إن كانت الثمرة غير مأبورة. انتهى.

فرع منه: وفي أكرية الدور منها: لمن أخذ نخلا مساقاة فغار ماؤها بعد أن سقى أن ينفق فيها بقدر حظ رب الأرض من الثمرة لسنته تلك [لا أكثر، و[638]]مثله سمع ابن القاسم. ابن رشد: ظاهره أن ما زادت النفقة على حظ رب الأرض لا يلزمه، ومثله في رهونها خلاف سماع سحنون لزوم الراهن إصلاحها ويلزم ذلك في المساقاة، وإن لم يكن لرب الحائط غيره بيع منه بما يصلحها لئلا يذهب عمل العامل . انتهى.

ص: ودفعه لذمي لم يعصر حصته خمرا ش: قال في المدونة: ولا بأس أن تدفع نخلك إلى نصراني مساقاة إن أمنت أن يعصره خمرا. قال ابن ناجي: قال ابن العربي: كيف [يقول مالك هذا، وقد[639]] ساقى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل خيبر ولم يشترط الأَمْنَ مِنْ عصر الخمر، إلا أن يقال الممنوع إذا [كانوا[640]] يسقونه مسلما، ولا يقال كان ذلك قبل تحريم الخمر؛ لأن فتح خيبر بعد

الحديث ....

---

637 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383 ويحيى182 والشيخ289 ومايابى49.

638 - في المطبوع الأكثر في وما بين المعقوفين من ن عدود ص 383.

639 *- في المطبوع يقول هذا مالك وما بين المعقوفين من يحيى173 وم135 وسيد61 ومايابى49 والشيخ290.

640 *- في المطبوع وم135 وسيد61 ومايابى49 والشيخ290 إذا كان وما بين المعقوفين من يحيى173.

نص خليل

لاَ مُشَارَكَةُ رَبِّهِ أَوْ إِعْطَاءُ أَرْضٍ لِتُغْرَسَ فَإِذَا بَلَغَتْ كَانَتْ مُسَاقَاةً أَوْ شَجَرٍ لَّمْ يَبْلُغْ خَمْسَ سِنِينَ وَهْيَ تَبْلُغُ أَثْنَاءَهَا وَفُسِخَتْ فَاسِدَةٌ بِلاَ عَمَلٍ أَوْ فِي أَثْنَائِهِ أَوْ بَعْدَ سَنَةٍ مِّنْ أَكْثَرَ إِنْ وَجَبَتْ أُجْرَةُ الْمِثْلِ وَبَعْدَهُ أُجْرَةُ الْمِثْلِ إِنْ خَرَجَا عَنْهَا كَإِنِ ازْدَادَ عَيْنًا أَوْ عَرَضًا وَإِلاَّ فَمُسَاقَاةُ الْمِثْلِ كَمُسَاقَاتِهِ مَعَ ثَمَرٍ أَطْعَمَ أَوْ مَعَ بَيْعٍ أَوِ اشْتَرَطَ عَمَلَ رَبِّهِ أَوْ دَابَّةٍ أَوْ غُلاَمٍ وَهوَ صَغِيرٌ أَوْ حَمْلَهُ لِمَنْزِلِهِ أَوْ يَكْفِيهِ مَؤُنَةً أُخْرَى أَوِ اخْتَلَفَ الْجُزْءُ بِسِنِينَ أَوْ حَوَائِطَ كَاخْتِلاَفِهِمَا وَلَمْ يُشْبِهَا.

متن الحطاب

تحريمها. قال ابن ناجي: قال بعض شيوخنا: وظاهر المدونة أنه محمول على عدم الأمن حتى يعلم الأمن. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وكره مالك أخذك من نصراني مساقاة أو قراضا، ولست أراه حراما. قال أبو الحسن: لأن فيه بعض الإذلال، وقال ابن ناجي مثله اختصرها ابن يونس، وفيه نظر لأنه على اختصارهما يكون مالك نص على المسألتين وليس كذلك، إنما نص على كراهة القراض، وقاس ابن القاسم عليه كراهة المساقاة، وكلام ابن القاسم يدل على أنه حمل كراهة مالك على التحريم ولم يرتضه فيكون كلامه يدل على قولين التحريم لمالك والكراهة لابن القاسم./ 384

ص: **لا مشاركة ربه** ش: يشير به -والله أعلم- إلى ما في رسم البيوع من سماع أشهب من كتاب المساقاة، ونصه: قال: وسئل عن رب الحائط يقول لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي هذا ولك نصف الثمرة. قال: لا يصلح هذا، وإنما المساقاة أن يسلم الحائط إلى الداخل. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أن ذلك لا يصلح، فإن وقع وفات بالعمل كان العامل فيه أجيرا؛ لأن رب الحائط اشترط أن يعمل معه فكأنه لم يسلمه إليه، وإنما أعطاه جزءا من الثمرة على أن يعمل معه، بخلاف إذا شرط العامل أن يعمل معه رب الحائط هذا قال فيه ابن القاسم في المدونة وغيرها إنه يرد إلى مساقاة مثله، وقال أشهب إلى إجارة مثله، وقال سحنون: يجوز ولا يرد إلى أجرة مثله، كما لو اشترط عليه غلاما يعمل معه إذا كان الحائط كبيرا يجوز فيه اشتراط الغلام والدابة. انتهى.

ص: **وفسخت فاسدة بلا عمل أو في أثنائه أو بعد سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل وبعده أجرة المثل إن خرجا عنها كان ازداد عينا أو عرضا وإلا فمساقاة المثل كمساقاته مع ثمر أطعم أو مع بيع أو اشترط عمل ربه أو دابة أو غلام وهو صغير أو حمله لمنزله أو يكفيه مؤنة آخر أو اختلف الجزء سنين أو حوائط كاختلافهما ولم يشبها** ش: لما ذكر أركان المساقاة الصحيحة وشروطها علم أن الفاسدة ما اختل منها ركن أو/ شرط، ثم ذكر أن لها ثلاثة أحوال: الأولى أن يطلع على فسادها قبل الشروع في العمل والحكم حينئذ فسخها، وإليها أشار بقوله: "وفسخت فاسدة بلا عمل". الحالة الثانية أن يطلع على فسادها في أثناء العمل ولو بعد سنة من سنين كما إذا كانت المساقاة وقعت على سنين كثيرة، والحكم في هذا الوجه أن ينظر إلى عقد المساقاة فإن كانت مما تجب فيه أجرة المثل وجب فسخ المساقاة حين يعثر على ذلك، وإن كان عقد المساقاة مما تجب فيه مساقاة المثل لم تفسخ المساقاة، ويستمران إلى تمام العمل، وإلى هذه الحالة الثانية أشار المصنف بقوله: "أو في أثنائه أو بعد 385

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب سنة من أكثر إن وجبت أجرة المثل" وقول المصنف: "أو بعد سنة" هو داخل في قوله: "أو في أثنائه" ولهذا لو قال أو في أثنائه وإن بعد سنة لكان أوضح، بل لو أخره عن قوله: "إن وجبت أجرة المثل" [لكان أحسن؛ لأنه إنما تظهر فائدته في مفهوم الشرط وهو ما إذا كان الواجب مساقاة المثل،[641]] فإنه قد يقال: كان ينبغي إذا اطلع على فسادها عند كمال السنة أن تفسخ [المساقاة[642]] في باقي السنين؛ لأن العامل قد تم عمله في تلك السنة وأخذ مساقاة مثله فيها فَلَمْ يذهب عمله باطلا، فلِمَ يتركونه يعمل في بقية السنين. والله أعلم.
والجواب عن ذلك أن يقال إن الحائط قد تقل ثمرته في عام وتكثر في آخر، فلو لم يتماد على العمل في جميع السنين لكان فيه غبن على أحدهما، كما أشار إلى ذلك في المدونة في مسألة من ساقى حائطه وقد أطعم على تلك السنة التي أطعم فيها أو على سنين بعدها، وذكر ابن عبد السلام عن الموازية أنه إنما تفوت كل سنة بظهور الثمرة فيها، فلو قال المصنف أو في أثنائه إن وجبت أجرة المثل وإلا تمادى ولو بعد سنة، وكان مشيرا إلى ما ذكره ابن عبد السلام عن الموازية لكان أبين، فقوله: "إن وجبت أجرة المثل" راجع إلى قوله: "أو في أثنائه" الخ، وقول البساطي إنه راجع إلى المسألة الأولى أيضا أعني قوله بلا عمل خلاف ما يقتضيه كلامهم.
قال ابن الحاجب: وللفاسدة ثلاثة أحوال قبل العمل فتفسخ. قال ابن عبد السلام: يعني إذا عثر على المساقاة الفاسدة قبل العمل وجب فسخها على أصل المذهب، وإلا لما كانت فاسدة، وإذا فسخوا البياعات المكروهة قبل الفوات فالفاسد أولى بالفسخ. انتهى. وكذا أطلق ابن شاس الفسخ قبل الفوات بالعمل، وكذا ابن عرفة ناقلا عن ابن رشد، ونص المقدمات: إذا وقعت المساقاة على غير الوجه الذي جوزه الشارع فإنها تفسخ ما لم تفت بالعمل [ويرد[643]] الحائط إلى ربه.انتهى. ومفهوم قول المصنف: "إن وجبت أجرة المثل" أنها لو لم تجب أجرة المثل [بل وجبت مساقاة المثل لم تفسخ، وهو كذلك كما تقدم بيانه، وسياتي بيان ما تجب فيه أجرة المثل،[644]] وما تجب فيه مساقاة المثل في الحالة الثالثة؛ وهي ما عثر على فساد المساقاة بعد تمام العمل، وكان ينبغي له رحمه الله تأخير الكلام على الحالة الثانية عن الحالة التي بعدها لأنها محتاجة إليها في بيانها كما فعل ابن الحاجب.
تنبيه: إنما قلنا المساقاة تفسخ إذا عثر عليها في أثناء العمل إن كان الواجب فيها أجرة المثل لأنه يكون للعامل حينئذ بحساب ما عمل، وإذا كان الواجب فيها مساقاة المثل فلا تفسخ؛ لأن الضرورة داعية إلى تمام العمل؛ لأن العوض على هذا التقدير إنما يرجع للعامل من الثمرة، ولأنه لو فسخناها لزم أن لا يكون للعامل شيء لما تقدم أنها كالجعل، لا شيء للعامل إلا بتمام العمل. قاله في التوضيح. ثم قال: وعلى هذا فلا بد أن يكون شرع في العمل بماله، بل أشار إليه عياض. انتهى.

الحديث ....

641 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 ويحيى183 والشيخ290 ومايابى49.
642 – في المطبوع مساقاة المثل وما بين المعقوفين من ن ذي ص 385 ويحيى183 والشيخ290 ومايابى49.
643 *– في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من يحيى173 والشيخ291 وم135 ومايابى50 وسيد62.
644 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم ويحيى183 والشيخ291 ومايابى50.

نص خليل
....

متن الحطاب

فرع: قال ابن عبد السلام في آخر كلامه على هذه المسألة: وقد [أنتج[645]] هذا أن إجارة المثل تتعلق بذمة رب الحائط، وأن مساقاة المثل لا تتعلق بذمته بل تكون في الحائط، وقد تقدم هذا المعنى في القراض مختلفا فيه. انتهى. الحالة الثالثة أن يطلع على فساد المساقاة بعد تمام العمل، والحكم فيها على مذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض/ الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، وإليه أشار المصنف بقوله: "وبعده أجرة المثل" إلى قوله" "ولم يشبها"، والمعنى وإن اطلع على فساد المساقاة بعده -أي بعد الفراغ من العمل- فمذهب ابن القاسم أنه يجب في بعض الصور إجارة المثل وفي بعضها مساقاة المثل، فتجب أجرة المثل إن خرجا عنها -أي عن المساقاة- إلى الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، ومثل ذلك بقوله: "كان ازداد" أحدهما على الجزء الذي اشترط في المساقاة "عينا أو عرضا"؛ لأنه إذا كانت الزيادة من رب الحائط فقد خرجا عن المساقاة إلى الإجارة الفاسدة، فكأنه استأجره على أن يعمل له في حائطه بما أعطاه من الدنانير أو الدراهم أو بالعروض وبجزء من ثمرته وتلك إجارة فاسدة، فوجب أن يرد إلى أجرة المثل ويحاسبه رب الحائط بما كان أعطاه من أجرة المثل ولا شيء له في الثمرة، وإذا كانت الزيادة من العامل فقد خرجا عن المساقاة أيضا إلى بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فكأنه اشترى منه الجزء المسمى في المساقاة بما دفع من الدنانير أو الدراهم أو العروض أو بأجرة عمله فوجب أن يرد إلى أجرة مثله ويأخذ من رب الحائط ما زاده ولا شيء له من الثمرة، وإلا أي وإن لم يكونا خرجا عن المساقاة وإنما جاءها الفساد من جهة أنهما عقداها على غرر أو نحو ذلك فمساقاة المثل هي الواجبة في ذلك.

ثم ذكر المسائل التي تجب فيها مساقاة المثل وعدها تسعا فقال: "كمساقاته مع ثمر أطعم" يشير إلى قوله في المدونة: ومن طابت ثمرة نخله فساقاه هذه السنة وسنتين بعدها لم يجز وفسخ، [وإن جدّ[646]] العامل الثمرة كان له أجرة مثله وما أنفق فيها، فإن عمل بعد جداد الثمرة لم تفسخ بقية المساقاة، وله استكمال الحولين الباقيين، وله فيهما مساقاة مثله، ولا [أفسخها[647]] بعد تمام العام الثاني؛ إذ قد تقل ثمرة العام الثاني وتكثر في الثالث فأظلمه، وهذا كأخذ العرض قراضا إن أدرك بعد بيعه [وقبل[648]] أن يعمل فسخ وله أجر بيعه، [وإن عمل فله قراض مثله وله أجر بيعه.[649]] انتهى. ففهم منه أنه إذا اطلع على ذلك في العام الأول فسخت وكان له أجر مثله فيما سقى، وإن لم يطلع عليه حتى شرع في الثاني كان له أجرة المثل في الأولى، ومساقاة المثل فيما بعدها كما صرح به اللخمي وصاحب المقدمات. "أو مع بيع" يعني أنه إذا ساقاه حائطه بجزء وباعه سلعة مع المساقاة ففي ذلك مساقاة المثل. نص عليه ابن رشد في البيان في أول كتاب المساقاة. قال: أو مع إجارة أو ما أشبه ذلك. انتهى. وانظر الشرح الكبير لبهرام "أو اشترط عمل ربه" يشير إلى قوله في المدونة: ولا يجوز أن يشترط العامل أن يعمل معه رب الحائط بنفسه، فإن نزل

الحديث
....

[645] – في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 385 وم135 ويحيى183 والشيخ291. ومايابى50.

[646] *– في المطبوع وجد وما بين المعقوفين من يحيى184 وسيد62 ومايابى51 وفي م136 والشيخ291 جذ.

[647] *– في المطبوع وم136 ومايابى61 أفسخهما وما بين المعقوفين من يحيى184 والتهذيب ج3 ص414.

[648] – في المطبوع وإن أدى وبعد أن وما بين المعقوفين من ن ذي ص 386 ويحيى184 والشيخ292 ومايابى51.

[649] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 386 ويحيى184 والشيخ292 ومايابى51.

نص خليل ....

متن الحطاب فله مساقاة مثله. انتهى. وهذا بخلاف المسألة السابقة عند قوله: "أو مشاركة ربه" إذا قال رب الحائط لرجل تعال أسق أنا وأنت حائطي ولك نصف ثمره فإن في ذلك أجرة المثل كما تقدم، وقوله: "أو حمله لمنزله" يشير إلى ما قال في رسم البيوع من سماع أصبغ في أثناء المسألة الثانية منه. قلت: أرأيت إن اشترط عليه حمل نصيبه إلى منزله إلى المدينة، أو اشترط ذلك المساقي على العامل؟ قال: لا خير فيه هذه زيادة [يزدادها.[650]] قلت: أرأيت إن كان ذلك قريبا؟ قال: ما يعجبني إلا أن يكون شيء ليس عليه فيه مؤنة.

قلت: أرأيت إن كان قريبا الميل وما أشبهه؟ قال: ما يعجبني، وقاله أصبغ. قال: وإن وقعت فيه المساقاة في المكان البعيد وفاتت رد إلى مساقاة مثله بلا حملان عليه وسقط الجزء الذي بينهما في الشرط. ابن رشد: أما اشتراطه على العامل حمل نصيبه إلى منزله فكرهه ابن القاسم، إلا أن يكون شيئا ليس فيه مؤنة وكراهيته بينة لأنها زيادة زادها رب الحائط على العامل، إلا أنه لم يبين وجه الحكم في ذلك إذا وقع، والذي يأتي على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم أن يرد إذا فات إلى إجارة مثله إلا في المكان القريب فيشبه أن يرد فيه إلى مساقاة مثله استحسانا، وأما قول أصبغ إنه يرد إلى مساقاة مثله في المكان البعيد فهو بعيد لا يتخرج إلا على قول من يرد العامل في المساقاة الفاسدة كلها إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل. انتهى.

387 وقال ابن رشد أيضا في المقدمات إثر كلامه السابق: واختلف إذا فاتت بالعمل ماذا يجب للعامل فيها بحق/ عمله على أربعة أقوال: أحدها [أنه[651]] يرد إلى مساقاة مثله جملة من غير تفصيل، والثاني أنه يرد إلى أجرة مثله من غير تفصيل، والثالث أنه يرد في بعض الوجوه إلى إجارة مثله، وفي بعضها إلى مساقاة المثل، وهو قول ابن القاسم، وذلك استحسان وليس بقياس، والأصل عنده أن المساقاة إذا خرجا فيها عن حكمها إلى حكم الإجارة الفاسدة أو إلى بيع الثمرة قبل أن يبدو صلاحها بما اشترطه أحدهما على صاحبه من زيادة يزيدها إياه خارجة عنها فإنه يرد إلى إجارة المثل، وذلك مثل أن يساقيه في حائط على أن يزيد أحدهما صاحبه دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض وما أشبه ذلك لأنه إذا ساقاه على أن يزيده صاحب الحائط دنانير أو دراهم أو عرضا من العروض فقد [استاجره[652]] على عمل حائطه بما أعطاه بجزء من ثمرته، فوجب أن يرد إلى إجارة مثله، وإذا زاده العامل فقد اشترى منه الثمرة بما أعطاه وبعمله فيرد إلى إجارة مثله، وأما إذا لم يخرجا عن حكمها وإنما عقداها على غرر مثل أن يساقيه حائطا على النصف وآخر على الثلث أو ما أشبه ذلك أو اشترط أحدهما على صاحبه من عمل الحائط ما لا يلزم مما لا يبقى لرب الحائط [فيه[653]] [منفعة[654]] مؤبدة فإنه يرد في ذلك إلى

الحديث ....

---

650 *- في المطبوع تزدادها وما بين المعقوفين من يحيى184 ومايابى51 والشيخ292 وسيد62.

651 *- في المطبوع وم136 أن وما بين المعقوفين من يحيى174 وسيد62 ومايابى51 والشيخ292 والمقدمات ج2 ص556.

652 - في المطبوع استأجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى184 والشيخ292 ومايابى51.

653 - ساقطة من المطبوع وم136 ويحيى184 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ292 ومايابى51.

654 - في المطبوع وم136 وسيد62 ومايابى51 لرب الحائط منفعته وفي يحيى184 منفعة مؤبدة والمقدمات ج2 ص557 لرب الحائط منفعة مؤبدة وما بين المعقوفين من الشيخ292.

نص خليل ....

متن الحطاب

مساقاة مثله، وهذه جملة [يأتي[655]] عليها مسائل كثيرة، والرابع أنه يرد إلى مساقاة مثله ما لم يكن أكثر من الجزء الذي شرط عليه إن كان الشرط للمساقي أو أقل. انتهى. والقول الثالث في كلام ابن رشد الذي هو قول ابن القاسم هو الذي ذكره المصنف، ونقله عياض أيضا وأطلقه، ولم يقيده بقرب المكان ولا بغيره، ونقله عنه في التوضيح وتبعه هنا، وقوله: "أو على أن يكفيه مؤنة آخر" يشير [به[656]] إلى ما في أول [رسم من[657]] سماع عيسى: قيل له فحائط ساقاه صاحبه رجلا على أن يكفيه مؤنة حائط له آخر؟ قال: هذا حرام. قيل له فقد وقع؟ قال: يعطى في الذي اشترط عليه كفايته أجرة مثله، ويرد إلى مساقاة مثله في الآخر. ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة أنه يعطي أجرة مثله في الحائط الذي اشترط عليه كفاية مؤنته، ويرد في الآخر إلى مساقاة مثله وهو على الأصل الذي ذكرناه في أول سماع ابن القاسم. انتهى.

وقال أبو الحسن: فإن نزل فله مساقاة مثله في الذي يعمل فيه وله أجرة مثله في الآخر. قاله في سماع عيسى، وفي الموازية هو أجير في الحائطين، وقوله كاختلافهما ولم يشبها. قال في كتاب القراض من المدونة: وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال إلا أن يرضى بقول ربه، وإن اختلفا بعد العمل فالقول قول العامل كالصانع إذا جاء بما يشبه، وإلا رد إلى قراض المثل، وكذلك المساقاة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: هذا التشبيه إنما يرجع للوجه الثاني إذا اختلفا بعد [العمل[658]] ولا يرجع للوجه الأول؛ لأن في المساقاة إذا اختلفا يتحالفان ويتفاسخان، وقال قبله في قوله: "وإذا اختلف المتقارضان في أجزاء الربح قبل العمل رد المال"؛ لأن القراض عقد جائز غير لازم، بخلاف المساقاة إنهما يتحالفان وإن لم يعمل لأنها عقد لازم. انتهى.

وقال في المدونة في كتاب المساقاة: وإن اختلفا في المساقاة فالقول قول العامل فيما يشبه. قال أبو الحسن: يعني في قلة الجزء وكثرته، وقوله القول قول العامل يريد بعد العمل، فإن لم يعمل تحالفا وتفاسخا، ثم ذكر لفظها في القراض. ثم قال: قوله: "وإلا رد إلى قراض مثله"؛ يعني إذا أتى رب المال بما لا يشبه، وكذلك المساقاة إذا أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة مثله. انتهى مختصرا. وقال اللخمي: إن اختلفا في الجزء قبل العمل وأتيا بما لا يشبه تحالفا وتفاسخا، ويختلف [إن[659]] أتى أحدهما بما يشبه دون الآخر هل القول قوله مع يمينه أو يتحالفان ويتفاسخان؟ قال: وإن اختلفا بعد العمل فالقول للعامل مع يمينه إذا أتى بما يشبه، فإن أتى بما لا يشبه وأتى الآخر بما يشبه حلف، ولم يكن للعامل إلا ما حلف عليه صاحبه، فإن نكل عن اليمين أو أتيا بما لا يشبه رد إلى مساقاة المثل.

388　انتهى./ وعزا الشارح والمصنف في التوضيح هذه المسألة للقرافي.

تنبيهان: الأول: يفهم من كلامهم أنه إذا أتى كل واحد منهما بما يشبه كان القول قول العامل فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[655] *- في يحيى174 تاتي.
[656] – ساقطة من المطبوع وم136 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى184 والشيخ292 ومايابى52.
[657] – ساقطة من المطبوع ويحيى184 ومايابى51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 والشيخ292.
[658] – في المطبوع الفعل وما بين المعقوفين من ن ذي ص387 وم136 وسيد62 ويحيى184 والشيخ293 ومايابى52.
[659] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 387 ويحيى184 والشيخ292 ومايابى52.

نص خليل وَإِنْ سَاقَيْتَهُ أَوْ أَكْرَيْتَهُ فَأَلْفَيْتَهُ سَارِقًا لَّمْ تَنْفَسِخْ وَلْيُتَحَفَّظْ مِنْهُ كَبَيْعِهِ وَلَمْ يَعْلَمْ بِفَلَسِهِ وَسَاقِطُ النَّخْلِ كَلِيفٍ كَالثَّمَرَةِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ.

متن الحطاب **الثاني**: قال ابن عرفة: عبد الحق عن بعض شيوخ صقلية: ما فيه مساقاة المثل فالعامل فيه أحق من الغرماء بالثمرة في الموت والفلس، وكذا ما يرجع فيه لقراض المثل في القراض؛ يريد وما يرجع فيه لأجرة المثل لا يكون في القراض أحق في موت ولا فلس، وفي المساقاة يكون أحق في الفلس لا في الموت. انتهى. وهذه آخر مسألة في كتاب المساقاة منه. والله أعلم.

ص: وإن ساقيته أو أكريته فألفيته سارقا لم تنفسخ وليتحفظ منه ش: قال في كتاب المساقاة من المدونة: ومن ساقيته حائطك أو أكريت منه دارك ثم ألفيته سارقا لم يفسخ لذلك سقي ولا كراء وليتحفظ منه، وكذلك من باع من رجل سلعة إلى أجل وهو مفلس ولم يعلم البائع بذلك فقد لزمه البيع. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: في كل هذا نظر، وهذا عيب، وليس يقدر أن يتحفظ من السارق. ثم قال: قوله: "سارقا" يخاف أن يذهب بالثمرة أو يقلع الجذوع وفي المكتري يخاف منه أن يبيع أبوابها. انتهى. وفي كتاب الجعل والإجارة من المدونة في آخر ترجمة الأجير يفسخ إجارته في غيرها: ومن استأجر عبدا للخدمة فألفاه سارقا فهو عيب يرد به؛ فقيل الفرق بينهما أن الأجير في الخدمة لا يقدر أن يتحفظ منه.

قال الشيخ أبو الحسن: وقال عبد الحق وابن يونس: الفرق بينهما أن الكراء في العبد للخدمة ووقع في منافع معينة فهو كمن اشترى دابة فوجد بها عيبا، بخلاف المكتري والمفلس والمساقي إنما وقع الكراء على الذمة فإن لم يقدر على التحفظ منه أكري عليه وسوقي عليه ولم يفسخ العقد. انتهى. فقول المصنف: "أو أكريته" أي أكريت منه بيتك أو متاعك، واحترز به مما لو أكرى نفسه للخدمة فإنه عيب يرد به كما تقدم عن المدونة، وقول المصنف: "وليتحفظ منه" يريد إذا أمكن التحفظ، فإن لم يمكن أكرى عليه الحاكم أو ساقى كما تقدم عن أبي الحسن.

ص: وساقط النخل كليف كالثمرة ش: قال في الشامل: وساقط النخل من ليف وجريد ونحوهما كالثمرة. انتهى. وقال في المدونة: وما كان من سواقط النخل أو ما يسقط من بلح وغيره والجريد والليف [وتبن[660]] الزرع بينهما على ما شرطا من الأجزاء. انتهى.

ص: والقول لمدعي الصحة ش: هكذا قال في المدونة. قال في الشامل: وصدق مدعي الصحة بعد العمل وإلا تحالفا وفسخت. انتهى. وقال اللخمي: القول قول مدعي الحلال، سواء كان اختلافهما قبل العمل أو بعده ويحلف على ذلك قبل العمل، وفصل في توجيه اليمين في اختلافهما بعد العمل، وكلام ابن رشد في رسم إن خرجت من سماع عيسى يدل على أن القول قول مدعي الصحة قبل العمل وبعده أيضا. فتأمل ذلك مع كلام الشامل. والله أعلم.

الحديث ....

---

660 – في المطبوع ومن وم ويحيى185 ومايابى53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 388 وهو الذي في مطبوعة التهذيب ج3 ص417.

نص خليل

وَإِنْ قَصَّرَ عَامِلٌ عَمَّا شُرِطَ حُطَّ بِنِسْبَتِهِ **فصل** نُدِبَ الْغَرْسُ وَجَازَتِ الْمُغَارَسَةُ فِي الأُصُولِ أَوْ مَا يَطُولُ مُكْثُهُ كَزَعْفَرَانٍ وَقُطْنٍ إِجَارَةً وَجَعَالَةً بِعِوَضٍ وَشَرِكَةً جُزْءٍ مَعْلُومٍ فِي الأَرْضِ وَالشَّجَرِ لاَ فِي أَحَدِهِمَا وَدَخَلَ مَا بَيْنَ الشَّجَرِ مِنَ الأَرْضِ إِن لَّمْ يَسْتَثْنِهِ أَوَّلاً إن اتَّفقَا عَلَى قَدْرٍ مَعْلُومٍ تَبْلغه الشجر وَلاَ ثَمَرَ دُونَهُ كَتَحْدِيدِهَا بِالإِثْمَارِ أَوْ أَجَلٍ لاَ بَعْدَهُ وَحُمِلاَ عَلَيْهِ عِنْدَ السُّكُوتِ وَصَحَّتْ كَاشْتِرَاطِهِ عَلَى الْعَامِلِ مَا خَفَّتْ مُؤْنَتُهُ كَزَرْبٍ لاَ مَا عَظُمَ مِنْ بُنْيَانٍ وَهَلْ تَلْزَمُ بِالْعَقْدِ أَوْ إلاَّ أن يَشْرَعَ فِي الْعَمَلِ خِلاَفٌ وَعَمِلَ الْعَامِلُ مَا دَخَلَ عَلَيْهِ عُرْفًا أَوْ تَسْمِيَةً وَضَمِنَ إِنْ فَرَّطَ فَإِنْ عَجَزَ أَوْ غَابَ بَعْدَ الْعَقْدِ وَعَمِلَ رَبُّهُ أَوْ غَيْرُهُ فَهُوَ عَلَى حَقِّهِ إِنْ شَاءَ وَعَلَيْهِ الأَجْرَةُ إِلاَّ أَنْ يَتْرُكَهُ أَوَّلاً وَوَجَبَ بَيَانُ مَا يُغْرَسُ كَعَدَدِهِ إِلاَّ أَنْ يُعْرفَ عِنْدَ أَهْلِهِ وَمُنِعَ جَمْعُهَا مَعَ بَيْعٍ أَوْ إِجَارَةٍ كَجُعْلٍ وَصَرْفٍ وَمُسَاقَاةٍ وَشَرِكَةٍ وَنِكَاحٍ وَقِرَاضٍ وَقَرْضٍ وَاقْتَسَمَاهَا إِنْ بَلَغَ الْحَدَّ الْمُشْتَرَطَ أَوْ تَوَلَّيَا الْعَمَلَ وَإِنْ هَلَكَتِ الأَشْجَارُ بَعْدَهُ فَالأَرْضُ بَيْنَهُمَا وَلاَ شَيْءَ لِلْعَامِلِ فِيمَا قَلَّ إِنْ بَطَلَ الْجُلُّ إِلاَّ أَنْ يَتَمَيَّزَ بِنَاحِيَةٍ أَوْ كَانَ لَهُ قَدْرٌ بِخِلاَفِ الْعَكْسِ وَلَيْسَ لَهُ قَبْلَهُ جُعْل كَبقل إلاَّ بِإِذْنٍ وَإن اخْتَلَفَا فِي الْجُزْءِ حُمِلاَ عَلَى الْعُرْفِ وَالْقَوْلُ لِمُدَّعِي الصِّحَّةِ إِلاَّ أَنْ يَغْلِبَ الْفَسَادُ وَفُسِخَتْ فَاسِدَةٌ إِنْ كَانَتْ بِلاَ عَمَلٍ مِنَ الْعَامِلِ قَبْلَ ظُهُورِ فَسَادِهَا وَإِلاَّ فَهَلْ تَمْضِي وَيَتَرَادَّانِ الأَرْضَ وَالْعَمَلَ إِنْ جُعِلَ لِلْعَامِلِ جُزْءٌ أَوْ كَانَ كذلك فله قِيمَةُ غَرْسِهِ وَعَمَلِهِ فَقَطْ وَإِلاَّ فَفِي كَوْنِهِ كِرَاءً فَاسِدًا أَوْ إِجَارَةً فَاسِدَةً كَذَلِكَ قَوْلاَنِ تَرَدُّدٌ وَمَا فَاتَ مِنْ غَلَّةٍ رَجَعَ صَاحِبُهَا بِمِثْلِهَا إِنْ عُلِمَتْ كَالْمِثْلِي فِي غَيْرِهَا وَإِذَا غَرَسَ أَحَدُ الشَّرِيكَيْنِ أَوْ بَنَى فَلِلآخَرِ الدُّخُولُ مَعَهُ وَيُعْطِيهِ قِيمَةَ ذَلِكَ قَائِمًا.

متن الحطاب

ص: **وإن قصر عامل عما شرط حط بنسبته** ش: وهذا بخلاف ما لو جاء مطر ودخل الحائط فلم يحتج إلى سقي في مدة من الزمان فلا رجوع عليه بشيء من أجرة السقي. قاله في رسم سن من سماع ابن القاسم. قال ابن رشد: هذا لا خلاف فيه أنه لا رجوع لواحد منهما على صاحبه إن زاد العمل على المعهود أو/ نقص [عنه،[661]] بخلاف ما لو استأجر لسقي حائط في زمن معلوم فجاء المطر فأقام فيه حينا لوجب أن يحط من إجارته بقدر ما أقام الماء في الحائط. انتهى بالمعنى. والله الموفق. 389

كتاب الاجارة قال في القاموس: الأجر الجزاء على العمل كالإجارة مثلثة. انتهى. وقال القرافي في الذخيرة: ويقال آجر بالمد والقصر وأنكر بعضهم المد وهو منقول. قال: ولما كان أصل هذه المادة الثواب على الأعمال، وهي منافع خصصت الإجارة ببيع المنافع على قاعدة العرف في تخصيص كل نوع [تحته[662]] جنس باسم ليحصل التعارف عند الخطاب قال: وقد غلب وضع الفعالة بالكسر للصنائع نحو الصناعة والخياطة والتجارة، والفعالة بالفتح لأخلاق النفوس نحو السماحة والشجاعة والفصاحة، والفعالة بالضم لما يطرح من المحقرات نحو الكناسة والقلامة والفضالة والنخالة. انتهى.

الحديث ....

---

[661] *- في المطبوع منه وما بين المعقوفين من يحيى185.

[662] - في المطبوع تحت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 389 ويحيى185 والشيخ292 ومايابى53.

نص خليل **بَاب صِحَّةُ [الإِجَارَةِ[663] س] بِعَاقِدٍ وَأَجْرٍ كَالْبَيْعِ.**

متن الحطاب وقال في اللباب: حقيقتها تمليك منفعة غير معلومة زمنا معلوما بعوض معلوم. انتهى. وقال ابن عرفة: حدها عرفا بيع منفعة ما أمكن نقله غير سفينة ولا حيوان لا يعقل بعوض غير ناشىء عنها بعضه يتبعض بتبعيضها. فيخرج كراء الدور والأرضين والسفن والرواحل والقراض والمساقاة والمغارسة والجعل، وقول القاضي: "معاوضة على منافع الأعيان" لا يخفى بطلان طرده، ونحوه قول عياض بيع منافع معلومة بعوض معلوم مع خروج فاسدها. انتهى. وقال البرزلي: قال الغرناطي: الإجارة تطلق على منافع من يعقل والأكرية على منافع [ما[664]] لا يعقل. البرزلي: يريد اصطلاحا، وقد يطلق أحدهما على الآخر ففي غررها [و[665]]إن استأجرت منه دارا بثوب إلى آخره. انتهى. وقال في اللباب: وقد خص تمليك منفعة الآدمي باسم الإجارة، ومنافع المتملكات باسم الكراء. انتهى. والموثقون المتقدمون يستفتحون عقود الأراضي والجنات بلفظ تقبل، ومعنى الجميع واحد. انتهى. وقال ابن عرفة: وقولها يجوز أن يستأجر طريقا في دار رجل ومسيل مصب مرحاض لا يخفى أنه من باب المجاز لأنه أخف من الاشتراك. اهـ.

قال في اللباب: وحكمها الجواز ابتداء، واللزوم بنفس العقد ما لم يقترن به ما يفسدها. وقال ابن عرفة: محمد: وهي جائزة إجماعا. الصقلي: خلاف الأصم فيها لغو؛ لأنه مبتدع، وفيها مع غيرها: عقدها لازم كالبيع. انتهى. وقد يعرض لها الوجوب إذا لم يجد الإنسان من يستأجره بل بنفسه ووجبت إعانته. نقله الأبي عن ابن عرفة في حديث نزول السيد عيسى. وحكمة مشروعيتها قال في اللباب: التعاون ودفع الحاجات، وقد نبه الله على ذلك بقوله: ﴿ ورفعنا بعضهم فوق بعض درجات ليتخذ بعضهم بعضا سخريا ﴾ انتهى.

ص: **باب صحة الإجارة بعاقد وأجر كالبيع** ش: ذكر رحمه الله من أركانها العاقد، وهو شامل للمؤجر والمستأجر، وذكر الأجر وسيذكر/ المنفعة، ولم يذكر الصيغة، وكذلك ابن شاس وابن الحاجب والقرافي وابن عرفة، وذكرها صاحب اللباب فقال: هي لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على تمليك المنفعة بعوض. انتهى.

390

تنبيه: لا يرد على المصنف مسألة الخياط المخالط يستخيطه الثوب، فإذا فرغ أرضاه قال مالك: لا بأس بها لأنها نادرة، وبهذا اعتذر عن ابن الحاجب، ومسألة الخياط هذه هي في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من الجعل والإجارة، ونصها: وسئل عن الخياط الذي بيني وبينه الخلطة ولا يكاد يخالفني أستخيطه الثوب، فإذا فرغ منه وجاء به أراضيه على شيء أدفعه إليه؟ قال: لا بأس

الحديث

---

[663] س – ابن عرفة هي بيع صوابه عقد على منفعة خرج بيع الذات ما أمكن نقله (كثياب خرج به الدار والارض فالعقد على منافعهما كراء للإجارة) غير سفينة ولا حيوان لا يعقل (خرج به كراء الرواحل) بعوض (متعلق ببيع) غير ناشئ عنها (خرج القراض والمساقاة) بعضه (أي العوض) يتبعض بتبعيضها أي المنفعة فخرج الجعل انتهى. وكتب عليه بخط يده ما نصه بعضه من قوله بعضه يتبعض الخ زدته خوف نقض عكسه بمثل قول الله تعلى إني أريد أن انكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تاجرني ثماني حجج فإنها إجارة إجماعا لقولها يأبت استأجره والعوض فيها لا يتبعض اهـ نقله بن عن الرصاع وأشار له عب قال أجاب به ثاني يوم توقفه هو وأهل مجلسه في زيادتها ورغبته إلى الله تعلى في فهمها.

[664] – في المطبوع من ويحيى185 ومايابى53 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 389.

[665] – ساقطة من المطبوع ويحيى185 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 389 ومايابى53.

نص خليل ....

متن الحطاب بذلك. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الناس استجازوه ومضوا عليه، وهو نحو ما يعطى الحجام من غير أن يشارط على عمله قبل أن يعمله وما يعطى في الحمام والمنع من هذا وشبهه تضييق على الناس وحرج في الدين وغلو فيه. قال الله تعالى: ﴿ وما جعل عليكم في الدين من حرج ﴾ وقال: ﴿ قل يا أهل الكتاب لا تغلوا في دينكم ﴾ ومما يدل على جوازه من السنة ما ثبت من أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حجمه أبو طيبة فأمر له بصاع من تمر، وأمر أهله/ أن يخففوا من خراجه، وكره النخعي أن يستعمل الصانع حتى يقاطع بشيء مسمى، وكره ذلك ابن حبيب أيضا قال: ولا يبلغ التحريم والأمر في ذلك واسع .انتهى. ونقله ابن عرفة. 391

فرع: قال في الذخيرة عن ابن يونس: إذا قلت خطه بدرهم وقال بدرهمين فخاطه فليس له إلا درهم. قاله ابن القاسم. لأنك أعلمته بما ترضى به، وكذلك قول ساكن الدار. انتهى. وفي النوادر عن مالك من رواية ابن المواز من دفع ثوبا لخياط فقال لا أخيطه إلا بدرهمين، وقال ربه لا أخيطه إلا بدرهم، وجعله عنده فخاطه ليس له إلا درهم قال: ومن سكن منزلا فقال له ربه بدينارين في السنة، وقال الساكن لا أعطي إلا دينارا وإلا خرجت إن لم ترض، فسكن ولم يجبه بشيء حتى تمت السنة قال: لا يلزمه إلا دينار. انتهى. ومسألة الخياط لا تشبه مسألة كراء المنزل؛ لأن رب الثوب لم يتول استيفاء المنفعة بنفسه فلذلك لم يفرقوا فيها بين تقدم قول الخياط وقول صاحب الثوب، بخلاف المنزل فإن المستأجر تولى استيفاء المنفعة بنفسه مع علم رب المنزل بذلك، ففرقوا في ذلك بين تقدم قول الساكن وتأخر قوله عن قول صاحب المنزل. قاله ابن رشد في نوازل سحنون من جامع البيوع. وذكر فيه أيضا أن حكم ما أتلفه المشتري من السلع بحضرة ربه حكم ما ذكر من استيفاء المستأجر للمنفعة مع علم رب المنزل بذلك أنه يلزم من قوليهما الآخر، وقد تكلم على هذه المسألة بكلام جيد، وفرق فيه بين مسألة نوازل سحنون ومسألة سماع عيسى من كراء الدور [وغيرهما[666]] من الروايات فانظره. والله أعلم.

تنبيه ثان: علم من تشبيه الأجرة بالثمن أنه يشترط فيها أن تكون معلومة الجملة والتفصيل أو التفصيل دون الجملة؛ لأن المذهب جواز ذلك في البيع، وقيل لا يجوز، وقيل بالكراهة على ما تقدم في البيع، ونقل القول بالمنع في التوضيح عن خارج المذهب، ونقله ابن عرفة عن ابن أبي [سلمة[667]] وسحنون، فعلى هذا لا تمتنع حراسة الأندر كل أردب مثلا بقدح؛ لأنه معلوم التفصيل مجهول الجملة ما لم يقترن بذلك ما يفسده من أعمال مجهولة ونحو ذلك، وقد ذكر البرزلي في أوائل مسائل الجعل والإجارة أن ابن أبي زيد سئل عن حراس الزرع والزيتون ليلا ونهارا بالضمان أو بغيره على أن كل قفيز عليه مدان أو ثلاثة، وهل يلزمهم تفريغ الشباك والأحمال أم لا؟ فقال: أما استئجارهم لكل قفيز مدان فجائز، فإن شرطوا تفريغ الشباك ونزول الأحمال فيلزم،وشرط الضمان عليهم لا يلزم، وله أجرة مثله ممن لا ضمان عليه. البرزلي: يجري على شرط ضمان ما لا يضمن في الإجارات

الحديث 1- عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا من خراجه. البخاري، الجامع الصحيح، كتاب البيوع، رقم الحديث2102.

---

[666] *- في سيد63 ويحيى176 وغيرها.

[667] *- في المطبوع وسيد63 ومايابى54 مسلمة وما بين المعقوفين من م137 ويحيى176 ويم2.

نص خليل ....

متن الحطاب والعواري وفيه خلاف، والمشهور ما قاله، وقوله: "كل قفيز بمدين جائز" معناه إذا عرف صفتهما كما قال، ويتوصل إلى معرفته بفرك سنبله، ولا يراعى كثرة الأقفزة من قلتها لأنه مأخوذ من كل قفيز، فهو مجهول الجملة معلوم التفصيل، وهو جار على المذهب أيضا من جواز بيع الحنطة في سنبلها. وفي الذخيرة عن الأبهري ما يقتضي المنع. قال الأبهري: يمتنع حمل الزرع على أن له في كل مائة أردب تخرج عشرة أرادب؛ إذ لا يدري كم يخرج أردب، وتجوز بالقتة لأنها تحزر، ولعل هذا على القول بعدم جواز ذلك [في[668]] البيع، وهذا هو الظاهر. والله أعلم. وسئل أيضا عن حراستهم الأندر [كله[669]] بأقفزة معلومة، ومنهم من يصيب ألفا ومائة قفيز أو أقل أو أكثر هل هو على قدر الرؤوس أو الصابة؟ فأجاب: استئجارهم الأندر بأقفزة معلومة إن كان قبل حصوله في الأندر ورؤيته فلا يجوز، وبعد رؤيته وحصوله فجائز، ويكون مفضوضا على قدر الصابة، ووقع لسحنون أنه على الرؤوس، والأول أحب إلي. قال البرزلي: وهذه إحدى المسائل التي اختلف فيها هل هي على قدر الأنصباء أو على الرؤوس؟. انتهى. والله أعلم.

فرع: قال في المدونة في أكرية الدور: ولو سكن أجنبي طائفة من دارك وقد علمت به فلم تخرجه لزمه كراء ما سكن. أبو/ الحسن: لاحتمال تركه له للإرفاق، وكونه على جهة الإجارة، فلما احتمل الوجهان كان الأصل أن الأملاك على ملك مالكها، ولا يمين عليه إلا أن يدعي عليه بالنص أنه أرفقه فيختلف في يمينه على الخلاف في دعوى المعروف، وأما إن لم يقم عليه إلا بسكوته فلا يمين. انتهى. 392

فرع: قال البرزلي في أواخر الوكالات: وفي نوازل ابن الحاج: إذا خرج أحد الشريكين في دين لاقتضائه دون إذن صاحبه فاقتضاه أو بعضه وطلب الأجرة من صاحبه وجبت له بعد حلفه أنه ما خرج لذلك متطوعا.

قلت: إلا أن تشهد العادة أن مثله لا يأخذ أجرة فيما ولي، أصله مسألة كتاب العارية وكراء الدور إذا سكن طائفة من داره بغير إذنه. انتهى. وفي رسم طلق من سماع ابن القاسم من الرهون: وسئل مالك عن رجل يرهن الدار من رجل يضعها على يديه ويقتضي غلتها ويقوم في ذلك ثم يطلب أن يعطى في ذلك أجرا فيما قام به؟ قال: من الناس من يكون له ذلك، ومنهم من لا يكون له ذلك، فأما الرجل الذي مثله يشبه أن يعمل بأجر ومثله يؤاجر نفسه في مثله فإن طلبه فأرى ذلك له، وأما من مثله [لا يلي[670]] فلا أرى له ذلك. ابن رشد: هذا نحو ما في رسم [جاع فباع امرأته[671]] من كتاب الجعل من سماع عيسى أنه يكون له إجارة مثله إن كان يشبه أن يكون مثله يعمل بالإجارة، وإنما له

الحديث ....

[668] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 391 ويم2 ويحيى186 والشيخ ومايابى55.

[669] *– في المطبوع كلها وما بين المعقوفين من سيد63 وم137 ويم2 ويحيى186 ومايابى55.

[670] *– في المطبوع يعني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم2 وفي البيان والتحصيل ج11 ص23 يعين.

[671] *– في المطبوع في رسم جامع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم والبيان ج11 ص23.

نص خليل ....

متن الحطاب ذلك بعد يمينه ما [قام[672]] في ذلك وعنى [فيه[673]] احتسابا، وإنما فعل ذلك ليرجع بحقه فيه على معنى ما قاله في أول سماع يحيى من الكتاب المذكور. انتهى. وله أيضا في سماع يحيى من كتاب البضائع والوكالات قريب من هذا، وفي سماع ابن القاسم منه مسألة طالب النفقة على البضاعة كالقراض، وفي التوضيح وابن عرفة في كتاب القراض شيء من هذا المعنى، وقال في آخر كتاب الرهون من الذخيرة: إذا تهدمت دار فتقوم عليها فلك الأجرة إن كان مثلك يعمل ذلك بأجرة بعد أن تحلف ما تبرعت. انتهى. والقاعدة المذهبية في إيصال النفع للغير ذكرها ابن الحاجب في أواخر الإجارة وكذا ابن عرفة، وذكرها القرافي في الرهون وفي اللقطة. وقال في المسائل الملقوطة: إذا عجز صاحب الدابة عن علفها وسيبها فأعلفها غيره ثم وجدها ربها. قال مالك: هو أحق بها؛ لأنه مكره على تركها بالإضرار لذلك، ويدفع ما أنفق عليها، وقيل هي لعالفها لإعراض المالك عنها. ذكر ذلك القرافي في الفرق التاسع والثلاثين والمائة، وفي الذخيرة في الركن الثالث من الإجارة: ولا شيء عليه في قيامه عليها لأنه قام لنفسه. انتهى. وعلم من تشبيه العاقد هنا بعاقد البيع أن الصبي المميز إذا أجر نفسه بغير إذن وليه صح ووقف على رضاه، وقد نص على ذلك في المدونة. قال في المتيطية: وليس لذي الأب والوصي أن يؤاجرا أنفسهما دون إذنهما، فإن فعلا نظرا في ذلك، فما رأياه من رد أو إمضاء فعلاه ما لم يعملا، فإن عملا كان لهما الأكثر من المسمى وأجرة المثل، فإن أصابهما من سبب العمل شيء فلهما قيمة ما نقصهما أو ديتهما إن هلكا، ولهما الأجرة إلى يوم أصابهما ذلك، وليس لهما فيما أصابهما من غير سبب العمل شيء. انتهى.

فرع: قال في المتيطية: وإن آجر الرجل ابنه من نفسه أو من غيره ومثله لا يؤاجر فسخت الإجارة وأنفق الأب عليه إن كان الأب غنيا والابن عديما لا مال له، فإن كان له مال أنفق عليه منه وله أن يؤاجره فيما لا معرة على الابن فيه، وإن كان الأب فقيرا أو مقلا، أو يريد تعليم الابن فيجوز له ذلك حينئذ وينفق عليه من أجرته فإن فضل شيء حبسه عليه، وليس له أن يأكل مما فضل من عمل الصبي وإن كان فقيرا خوفا من أن لا يتمكن الصبي من العمل فيما يستقبل أو يمرض فلا يجد ما يأكل، وقال ابن لبابة: لا بأس أن يكون بالمعروف. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: قال المتيطي وابن فتوح: ويجوز عقد الحاضنة على محضونها أما كانت أو غيرها ولا ينفسخ إلا أن يزاد الصبي في أجرته فتقبل الزيادة ويفسخ عقد الأم، وينظر له/ أحسن المواضع ولو كان بأقل من موضع آخر، ولا تقبل الزيادة في عقد الوصي إلا أن يثبت أن فيه غبنا على اليتيم. انتهى.

393

فرع: قال في المتيطية: ولا يجوز استئجار الأعزب المرأة لتخدمه في بيته، مأمونا كان أو غيره، فإن كان له أهل جاز إن كان مأمونا وكانت المرأة متجالة لا أرب للرجال فيها أو كانت شابة ومستأجرها

الحديث ....

672 *- في المطبوع أقام وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد63 ومايابى55 ويم2 والبيان والتحصيل ج11 ص23.

673 - في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن ذي ص 392 ويحيى186 ومايابى55.

نص خليل

وَعُجِّلَ إنْ عُيِّنَ أَوْ بِشَرْطٍ أَوْ عَادَةٍ أَوْ فِي مَضْمُونَةٍ لَمْ يَشْرَعْ فِيهَا إلاَّ كَرِيَّ حَجٍّ فَالْيَسِيرُ وَإلاَّ فَمُيَاوَمَةً وَفَسَدَتْ إنِ انْتَفَى عُرْفُ تَعْجِيلِ الْمُعَيَّنِ.

متن الحطاب

شيخ كبير فإن ذلك جائز .انتهى. ونحوه في اللخمي، ونقله ابن عرفة، وفي الجعل منها في ترجمة إجارة نزو الفحل: وأكره للأعزب أن يؤاجر حرة ليس بينه وبينها محرم، أو أمة لخدمة يخلو معها أو يعادلها في محمل.انتهى. أبو الحسن الكبير: انظر هل الكراهة على بابها أو على المنع لأن فيه خلوة؟ وعلى هذا حمله اللخمي وقال: لم يجز، وكذا نقله المتيطي وابن فتوح، وفي رسم لم يدرك من سماع عيسى من النكاح: وسئل عن المرأة العزبة الكبيرة تلجأ إلى الرجل فيقوم لها بحوائجها ويناولها الحاجة هل ترى له ذلك حسنا؟ قال: لا بأس به، وليدخل معه غيره أحب إلي، ولو تركها الناس لضاعت. ابن رشد: وهذا على ما قال إنه جائز للرجل أن يقوم للمرأة الأجنبية في حوائجها ويناولها الحاجة إذا غض بصره عما لا يحل له النظر إليه مما لا يظهر من زينتها؛ لقوله تعالى: ﴿ ولا يبدين زينتهن إلا ما ظهر منها ﴾ وذلك الوجه والكفان على ما قاله أهل التأويل، فجائز للرجل أن ينظر إلى ذلك من المرأة عند الحاجة والضرورة، فإن اضطر إلى الدخول عليها أدخل غيره معه ليبعد سوء الظن عن نفسه، فقد روي أن رجلين من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لقيا النبي صلى الله عليه وسلم ومعه زوجته صفية رضي الله عنها فقال لهما إنها صفية فقالا: سبحان الله يا رسول الله فقال: {إن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما فتهلكا [أو كما قال صلى الله عليه وسلم[674]][1]} انتهى.

ص: وعجل إن عين أو بشرط أو عادة أو في مضمونة لم يشرع [فيها[675]] إلا كري حج فاليسير/ وإلا فمياومة ش: اعلم أن التعيين تارة يكون في الأجرة، وتارة يكون في المنفعة المستأجرة، واعلم أنه يقضى بتعجيل الأجرة إذا شرط التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئا بعينه أو شيئا مضمونا في الذمة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت العادة التعجيل، سواء كانت الأجرة شيئا معينا أو شيئا مضمونا، وسواء في ذلك الأجرة المعينة والمضمونة، وكذلك يقضى بالتعجيل إذا كانت المنفعة المستأجرة مضمونة في ذمة الأجير وتأخر شروعه في العمل يومين، وأما لو أخره إلى يوم واحد فيجوز التقديم والتأخير. وقول المصنف: "إن عين" مستغنى عنه لأن الأجر إذا كان معينا، فإن شرط تعجيله أو كان العرف تعجيله صحت الإجارة، وقضى بتعجيله للشرط والعرف، وهو مستفاد من قوله: "أو بشرط أو عادة" وإن لم يكن شرط ولا عرف فالإجارة فاسدة كما سيصرح به المؤلف فتأمله.

394

ولا يرد هذا على ابن الحاجب لأنه لا يفسد عنده إلا إذا كان العرف التأخير، فيحمل قوله: "يعجل إن كان معينا" على ما إذا لم يكن عرف ولا اشترط التعجيل، وهو خلاف قول ابن القاسم كما قاله في التوضيح. قال في أوائل كراء الرواحل منها: ومن اكترى دابة لركوب أو حمل أو دارا أو استأجر أجيرا بشيء بعينه من عين أوعرض أو حيوان أو طعام فتشاحا في النقد ولم يشترطا شيئا، فإن كانت سنة الكراء في البلد بالنقد جاز وقضي بقبضها، وإن لم تكن سنتهم بالنقد لم يجز الكراء وإن عجلت هذه الأشياء إلا أن يشترط النقد في العقد، كما لا يجوز بيع ثوب أو حيوان بعينه على أن لا يقبض إلا إلى شهر، ويفسخ. ابن القاسم:

الحديث

1- عن الزهري قال أخبرني علي بن الحسين رضي الله عنهما أن صفية زوج النبي صلى الله عليه وسلم أخبرته أنها جاءت إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم تزوره في اعتكافه في المسجد في العشر الأواخر من رمضان فتحدثت عنده ساعة ثم قامت تنقلب فقام النبي صلى الله عليه وسلم معها يقلبها حتى إذا بلغت باب المسجد عند باب أم سلمة مر رجلان من الأنصار فسلما على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما النبي صلى الله عليه وسلم على رسلكما إنما هي صفية بنت حيي فقالا سبحان الله يا رسول الله وكبر عليهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم إن الشيطان يبلغ من ابن آدم مبلغ الدم وإني خشيت أن يقذف في قلوبكما شيئا، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاعتكاف، دار الفكر 1981، ج2 ص69. وفي رواية له تعاليا هي صفية فإن الشيطان يجري من ابن آدم مجرى الدم، رقم الحديث2039. ومسلم، كتاب السلام، رقم الحديث 2175.

---

674 – وردت في البيان، ج4 ص428.

675 – ساقطة من المطبوع ومايابى56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 393 ويحيى187 ويم3.

نص خليل ....

متن الحطاب وإن اكترى ما ذكرناه بدنانير معينة ثم تشاحا في النقد فإن كان الكراء بالبلد بالنقد قضيَ به، وإلا لم يجز الكراء إلا أن يعجلها. انتهى. قال أبو الحسن: قال عياض: قوله: "إلا أن يعجلها" أي يشترط ذلك في أصل العقد يبين ذلك ما تقدم، واختصره ابن يونس إلا أن يشترط تعجيله في العقد، وقوله أولا: "إلا أن يشترط النقد في العقد" الاستثناء منقطع؛ كأنه يقول لكن إن اشترط النقد في العقد جاز. انتهى. ثم قال في المدونة إثر الكلام السابق: كقول مالك فيمن ابتاع سلعة بدنانير له ببلد آخر عند قاض أو غيره، فإن شرط ضمانها إن تلفت جاز، وإلا لم يجز البيع، فأرى إن كان الكراء لا ينقد في مثله فلا يجوز إلا أن يشترط عليه إن تلفت فعليه مثلها، ولا يجوز اشتراط هذا في طعام ولا عرض في بيع ولا كراء لأنه مما يبتاع لعينه فلا يدري أي الصفقتين ابتاع ولا يراد من المال عينه، وقال غيره في الدنانير هو جائز، وإن تلفت فعليه الضمان. انتهى.

أبو الحسن: قوله: فأرى الكراء إن كان لا ينقد في مثله معناه ليس من سنتهم النقد، وذكر بعضهم عن بعض الشيوخ أنه قال: يحتمل أن يريد بقوله: إن كان لا ينقد في مثله كبيع الخيار. قال: ولم أره لغيره. انتهى. وهذا الذي أشار إليه المؤلف في فصل كراء الدابة بقوله: "وبدنانير عينت إلا بشرط الخلف" انتهى. وقوله: "أو في مضمونة لم يشرع فيها" يريد لم يشرع فيها إلا بعد طول، وأما إن قرب الشروع فيجوز تأخير الكراء، ويجوز اشتراط ذلك. قال المتيطي: فإن كان المضمون في الكراء إنما هو على أن يأتيه بها تلك الليلة أو في الغد فلا بأس باشتراط تأخير الكراء إلى أجل، وقوله: "إلا كري حج فاليسير" لو أدخل الكاف لكان أشمل.

قال المتيطي: روى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، ونصه: تعجيل النقد في الكراء المضمون إلى أجل هو الأصل، ولا يجوز تأخيره بشرط، واختلف في تعجيل بعضه وتأخير باقيه دون شرط،فقال مالك فيمن أكرى إلى الحج في غير إبان الحج ليخرج في إبانه لا بأس أن يقدم منه الدينار والدينارين ولا يجوز في غيره، وروى أبو زيد عن ابن القاسم ذلك في الكراء المضمون ولم يذكر الحج، وقال كم من كري [هرب[676]] بالكراء، وروى ابن/ المواز عن مالك كراهة تأخير النقد إلا أن ينقد أكثره أو ثلثيه، وقال مثله أشهب، ثم قال: قال مالك: قد اقتطع الأكرياء أموال الناس فلا بأس أن ينقده الدينار والدينارين يريد في غير الحج. انتهى. 395

وفي التوضيح عن الموازية مثل الحج في غير إبانه، واليسير الدينار والديناران على ما رجع إليه مالك. والله أعلم. وقوله: "وإلا فمياومة" أي وإن لم تكن الإجارة مضمونة بل كانت معينة أو كانت مضمونة إلا أنه شرع فيها ولم يكن شرط ولا عرف والأجر غير معين فإنما تستحق الأجرة مياومة، وهذا عند المشاحة، وإلا فيجوز التقديم والتأخير. صرح بذلك في أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة من البيان، ونقله ابن عرفة.

تنبيهات: الأول: يعترض على المصنف بما اعترض به على ابن الحاجب في قوله: فإن لم يكن شرط ولا عادة أخذ مياومة. قال: ظاهر كلامه يتناول الصنائع بل الإجارة في العرف مقصورة عليها، والمذهب أن الصانع لا يستحق الأجرة عند الإطلاق إلا بعد تمام العمل انتهى ومثله يقال عليه، وما قال إنه المذهب هو في كتاب الجعل والإجارة من المدونة قبل ترجمة الدعوى في الإجارة، ونصها: وإذا أراد

الحديث ....

676 – في المطبوع ذهب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 394 ويحيى188 ويم4 (وفي مايابى57 بزيادة قد).

نص خليل كَمَعَ جُعْلٍ.

متن الحطاب الصناع والأجراء تعجيل الأجر قبل الفراغ وامتنع رب العمل حملوا على المتعارف بين الناس، فإن لم تكن لهم سنة لم يقض لهم به إلا بعد فراغ أعمالهم، وأما في الأكرية في دار أو راحلة أو في إجارة بيع سلعة ونحوه فبقدر ما مضى، وليس للخياط إذا خاط نصف القميص أخذ نصف الأجرة حتى يتم إذا لم يأخذه على ذلك. انتهى.

الثاني: ما تقدم من أنه إذا كانت الإجارة غير مضمونة بل معينة يجوز التقديم والتأخير محله ما إذا شرع في العمل أو تأخر الشروع نحو العشرة الأيام، وإن طال ذلك لم يجز تقديم الأجرة. قال ابن رشد في أول كتاب الجعل والإجارة من البيان: الإجارة على شيء بعينه مثل نسج الغزل وخياطة الثوب على قسمين مضمونة في ذمة الأجير، فلا تجوز إلا بتعجيل الأجر أو الشروع في العمل أو تعجيلهما، ومعينة في عينه فتجوز بتعجيل الأجر وتأخيره على أنه يشرع في العمل، فإن شرع إلى أجل لم يجز النقد إلا عند الشروع في العمل. انتهى. وتأخير الشروع إلى يومين لا يضر. قاله في المدونة. أبو الحسن: وإلى عشرة أيام، وانظر كلامه عند قول المؤلف: "وكراء دابة إلى شهر"، ونقل كلام ابن رشد، فعلى هذا إذا كان العمل معينا على أن لا يشرع في العمل إلا إلى أجل وكان الأجر شيئا معينا تفسد هذه الصورة؛ لأن كون الأجر معينا يقتضي تقديمه، وكون العمل في عين الأجير إلى أجل يقتضي تأخيره. والله أعلم.

الثالث: قال ابن رشد: إن صرح بكون العمل مضمونا كقوله استأجرتك على كذا في ذمتك إن شئت عملته بيدك أو بغيرك أو معينا كاستأجرتك على عمل كذا بنفسك فلكل منهما حكمه وإن لم يصرح، وظاهر اللفظ أنه مضمون كقوله أعطيتك كذا على خياطة هذا الثوب حمل على المضمون اتفاقا، إلا أن يعرف أنه يعمله بيده أو كان عمله مقصودا لرفقه وإحكامه، وإن كان ظاهره التعيين كاستأجرتك على خياطة هذا الثوب أو على أن تخيطه ولا يقول أنت ففي حمله على المضمون أو المعين قولان؛ المشهور أنه يحمل على المضمون أيضا،إلا أن يعلم أنه يعمله بيده، أو يكون قصد عمله لرفقه وإحكامه. انتهى.

الرابع: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: إن قام من آجر عبده يطلب أجره بعد تمام عمله فأجرته تجري مجرى الحقوق في الفسحة وضرب الأجل، وإذا آجر العبد نفسه أو الحر وطلب ذلك بعد الخدمة قال ابن حبيب: لا ينبغي أن [يحملا[677]] كالحقوق عند وجوبها، ويجب تعجيل أجرهما لقوله عليه الصلاة والسلام: {أعطوا الأجير حقه قبل أن يجف عرقه[1]} إلا أن يؤخر الأجير من استأجره بأجرة سنة ثم يطلب فيحمل محمل الحقوق. انتهى.

396 **الخامس**: قال في الذخيرة عن ابن يونس: كره/ مالك نقد الكراء في السفن لأنها لا تجب إلا بالبلاغ وجوزه ابن نافع، وقال: له من الكراء بحساب ما قطع، فإن عطب قبل البلاغ وادعيت النقد صدق عليك؛ لأن الأصل عدمه ولا يشهد بعضهم لبعض للتهمة، وقيل يجوز كما في قطع الطريق. انتهى.

ص: **كمع جعل** ش: أي وكذلك تفسد الإجارة إذا جمعها مع الجعل، وقاله في أول كتاب الجعل من

الحديث 1- اعطوا الأجير أجره قبل أن يجف عرقه، ابن ماجه، ج2 ص817، كتاب الرهون، دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث2443، ولفظ الحطاب في النوادر، ج8 ص34.

---

677 *- في يحيى178 يجعلا.

نص خليل لاَ بَيْعٍ.

متن الحطاب المدونة.

فرع: لا يجوز اجتماع الإجارة مع السلف. قال في المدونة: وإن دفعت إلى حائك غزلا ينسج لك ثوبا بعشرة دراهم على أن يسلفك فيه رطلا من غزل لم يجز لأنه سلف وإجارة. انتهى. قال أبو الحسن الصغير: قال ابن يونس: الإجارة بيع من البيوع يحرم فيها ما يحرم [في[678]] البيع، وقد ورد النهي عن بيع[1] وسلف. انتهى.

ص: لا بيع ش: يعني أن الإجارة مع البيع ليست بفاسدة، بل يجوز اجتماعها معه، وأطلق رحمه الله في ذلك، وفيه تفصيل؛ فإن كانت الإجارة في غير الشيء المبيع فذلك جائز، وإن كانت الإجارة في الشيء المبيع كما لو باع له جلودا على أن يحذوها البائع نعالا للمشتري فقال في التوضيح عن ابن عبد السلام في ذلك قول مشهور بالمنع. خليل: هو قول سحنون. قال في النوادر: وهو خلاف قول ابن القاسم وأشهب. انتهى. وقول سحنون هذا هو الذي في العتبية في آخر سماع سحنون من باب البيع والإجارة، ونصه: وسئل [سحنون[679]] عن البيع والإجارة فقال: جائز في غير ذلك الشيء بعينه. قال ابن رشد: هذا معلوم مشهور من مذهب سحنون أن البيع والإجارة في الشيء المبيع عنده لا يجوز على حال، ومذهب ابن القاسم وروايته عن مالك؛ وهو الصحيح إن كان ذلك فيما يعرف وجه خروجه كبيعه ثوبا على أن على البائع خياطته أو قمحا على أن يطحنه أو فيما لا يعرف وجه خروجه ولكن يمكن إعادته للعمل كبيعه صفرا على أن يعمل البائع منه قدحا وما أشبه ذلك فذلك جائز، وأما ما لا يعرف وجه خروجه ولا يمكن إعادته للعمل كبيعه غزلا على أن على البائع نسجه، أو الزيتون على أن على البائع عصره أو الزرع على أن على البائع حصاده ودرسه وما أشبه ذلك فلا يجوز باتفاق. انتهى.

وقاله ابن رشد أيضا في رسم حلف بطلاق امرأته من سماع ابن القاسم من جامع البيوع، وفي رسم أمهات الأولاد من سماع عيسى من تضمين الصناع وفي كراء الرواحل من المدونة قريب من ذلك، وصرح به في أواخر كتاب التجارة إلى أرض الحرب، ونصه: وأما إن ابتعت ثوبا على أن يخيطه لك أو نعلين على أن يحذوهما فلا بأس به، وإن ابتعت منه قمحا على أن يطحنه لك فاستخفه مالك بعد أن كرهه، وكان وجه ذلك عنده معروفا، وجل قوله فيه التخفيف على وجه [الاستحسان[680]] لأنه القياس. قال أبو الحسن في شرحه الكبير: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة، وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك كله، وأما إن كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال القباب في باب بيع الغرر: زاد اللخمي فيما لا يعرف وجه خروجه وتمكن إعادته إلا أن يكون اشترى جملة ما يعمل منه فلا يجوز؛ لأنه كلما أعيد نقص منه فلا يقدر أن يعمل منه إلا دون الأول كالفضة على أن على البائع صياغتها والصفر على أن يعمل منه أقداحا وما أشبه ذلك.

الحديث 1- نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن سلف وبيع، وعن شرطين في بيع وعن بيع ما لم يقبض وربح ما لم يضمن. المعجم الأوسط، رقم الحديث 1554.

---

678 *- في المطبوع وم139 ويم4 ومايابى58 ويحيى188 من وما بين المعقوفين من سيد63.

679 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 396 ويحيى188 ويم4 ومايابى59.

680 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 396 ويحيى189 ويم5 ومايابى59.

نص خليل ....

متن الحطاب **الثاني**: من البيع والإجارة أن يدفع الإنسان ثوبه لمن يرقعه له أو نعله لمن يشركها فلا يجوز ذلك حتى يريه الجلد والرقعة؛ لأن ذلك مبيع فلا بد من رؤيته أو ما يقوم مقام الرؤية من الصفة في الشيء الغائب الذي يتعذر الوصول إليه حالة العقد، هذا إذا كان عند الصانع الجلود والرقاع، فإن لم يكن عنده انضاف إلى ذلك بيع ما ليس عنده من غير أجل السلم إلا أن يكون لا يعدم ذلك فلا يحتاج إلى طول الأجل، ويكفي الوصف التام كما في سائر السلم، ولا يكتفى بالوصف إلا إذا كان ما يريد أن يعمل منه غير موجود عنده حين العقد ولا/ يتعذر عليه غالبا لكونه لا يعدمه ويكثر عنده. قاله القباب في الباب المذكور. 397

الثالث: صورة المسألة أن يشتري منه المبيع بكذا على أن يعمل له فيه كذا أو يعمل له في غيره، وأما لو اشترى المبيع بثمن على حدة ثم استأجره بأجرة أخرى فليس من هذا الباب؛ لأن المراد أن يجتمعا في عقد واحد، وذلك واضح.

الرابع: إذا اشترى جبنا أو لحما بالوزن على أن على البائع أن يقلي ذلك فذكر سيدي أبو عبد الله بن الحاج في فصل خروج العالم إلى السوق من المدخل أن في ذلك وجوها من المنع منها: أنه اشترى منه الدهن الذي يقلى به وهو مجهول، وأنه اشترى منه ما يوقد به تحته وهو مجهول كذلك، وأنه لا يعلم وزنه بعد القلي، وأنه لا يعلم أجرة قليه، وهذان الأخيران لا يضر جهلهما كما يظهر ذلك مما تقدم، وأما الأولان فالمنع بسببهما ظاهر.

الخامس: إذا هلك المبيع قبل أن يعمل العمل المستأجر عليه فيه فقال في الرسم المتقدم في تضمين الصناع لا ضمان على البائع، ويحط عن المشتري بقدر الخياطة والطحن من الثمن، إلا أن يكون البائع ممن يعمل تلك الصناعات بنفسه فيسلك به مسلك الصناع في الضمان، فيكون عليه قيمة الثوب يوم البيع وهو الصحيح، وقيل يوم ذهب ويقوم غير معمول، ويفض الثمن الذي وقع به البيع على الثوب والعمل فيكون للبائع منه ما ناب الثمن، فإن كان له فضل على القيمة أخذه، وإن كان عليه أداه، وإن قامت على الضياع بينة سقط عنه الضمان، وفض الثمن أيضا على الثوب والعمل، فلا يكون للبائع منه إلا ما ناب الثوب. انتهى بالمعنى. وقال الشيخ أبو الحسن في شرحه الكبير إثر كلام المدونة السابق: فإن هلك الثوب أو القمح قبل خياطته أو قبل طحنه سقط عن المشتري قدر الإجارة وكان ضمان الباقي منه، وهذا إذا كان غير البائع يتولى عمل ذلك، وأما لو كان البائع هو الذي يتولى عمله لضمنه لأنه صانع. انتهى. وفهم من هذا أنه لو ضاع بعد العمل لم يحط عن المشتري شيء من الثمن، ويفصل فيه بين أن يكون البائع هو الصانع أو غيره على ما تقدم.

السادس: لو اختلفا في الضياع هل هو قبل العمل أو بعده؟ لم أر فيه نصا، والظاهر أن القول قول المشتري فتأمله.

السابع: علم من هذا أن البيع والإجارة يجوز اجتماعهما ولو كان البائع لا يتولى العمل المستأجر عليه بنفسه. والله أعلم. وهذه التفريعات كلها إنما هي على المشهور من جواز اجتماعهما، وقد حكى اللخمي عن القاضي قولا بالمنع. والله أعلم.

الحديث ....

نص خليل وَكَجِلْدٍ لِسَلاَّخٍ أَوْ نُخَالَةٍ لِطَحَّانٍ وَجُزْءِ ثَوْبٍ لِنَسَّاجٍ.

متن الحطاب **الثامن:** البيع والكراء كالبيع والإجارة يجوز اجتماعهما في عقد واحد. صرح به في المدونة في أول كراء الرواحل وغيره.

ص: **وكجلد لسلاخ** ش: هو كقول ابن الحاجب ولو استأجر السلاخ بالجلد لم يجز. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن تكون الشاة حية أو مذبوحة وهو كذلك، ولعله إنما منع من ذلك لأنه لا يستحقه السلاخ عنده إلا بعد السلخ ولا يدري كيف يخرج هل يخرج سليما من القطع أم لا؟ وفي أي جهة يكون القطع. انتهى. ونقله في التوضيح، وأتى المصنف بالكاف ليدخل اللحم. قال في أوائل كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز الاستئجار على سلخ شاة بشيء من لحمها. انتهى. وانظر لو استأجره برأس الشاة أو بالأكارع هل يجوز أم لا؟ والظاهر أنه إن استؤجر على الذبح فقط أو عليه وعلى السلخ فلا يجوز لأنه لا يدري هل تصح ذكاتها أم لا، وأما إن استأجره على السلخ وحده بعد الذبح فذلك جائز لأنه لا غرر فيه فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: قال في التوضيح: خليل: قد تقدم في بيع الجلود على ظهور الخرفان في البيوع ستة أقوال فينبغي أن تأتى هنا. اهـ. وجزم به ابن عرفة كما سيأتي.

ص: **ونخالة لطحان** ش: قال ابن عبد السلام: للجهل بقدرها لأنه كالجزاف غير المرئي، ولو استأجره [بصاع[681]] من النخالة بأن يقول له اطحنه ولك صاع من نخالته فيحتمل/ أن يتخرج على القولين في الإجارة على الطحن بصاع من الدقيق، ويحتمل الجواز على القولين لاختلاف صفة الدقيق دون النخالة غالبا والنفس أميل إلى المساواة بالدقيق؛ لأن من الطحن ما تخرج نخالته كثيرة الأجزاء ومنه ما لا تخرج كذلك.انتهى. ونقله الشيخ في التوضيح، وقال ابن عرفة: ابن شاس: لو استأجر السلاخ بالجلد والطحان بالنخالة لم تجز. 398

قلت: الجلد جار على ما تقدم في بيعه، والنخالة تجري على حكم الدقيق. انتهى. ونقل ابن غازي كلام ابن عرفة بلفظ النخالة تجري على الخلاف في الدقيق، وعبارته أصح وأحسن لإيهام العبارة الثانية أن الخلاف في كل من صورتي النخالة؛ أعني صورة الجزاف وصورة المكيل فتأمله. والمشهور في مسألة الدقيق جواز الاستئجار بصاع منه كما سيأتي، فتجوز الإجارة بصاع من النخالة، وإذا علم هذا ففي قول صاحب الشامل: "وجاز طحن بجزء من دقيقه على الأصح لا بالنخالة أو صاع منها، وجاز بدرهم وصاع منها" نظر من وجهين ظاهرين؛ أحدهما أنه قد علم أن الاستئجار بصاع منها جائز، أما على القولين اللذين في الدقيق أو على المشهور منهما. الثاني قوله: "وجاز بدرهم وصاع منها" يناقض قوله الأول، وهذا ظاهر. والله أعلم.

ص: **وجزء ثوب لنساج** ش: يعني أن الإجارة تفسد إذا جعل أجرة النساج جزء الثوب الذي ينسجه للجهل، وكذلك جزء جلد أو جلود لدباغ. قال في كتاب الجعل/ والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن تؤاجره على دبغ جلود أو عملها أو ينسج ثوبا على أن له نصف ذلك إذا فرغ لأنه لا يدري 399

الحديث ....

---

[681] *- في المطبوع بصياع وما بين المعقوفين من سيد64 ويم6 وم140 ومايابى60 ويحيى189.

نص خليل ....

متن الحطاب كيف يخرج ذلك، ولأن ما لا يجوز [بيعه لا يجوز[682]] أن يؤاجر به. انتهى. فهذا مجهول وقال عليه الصلاة السلام: {من استأجر أجيرا فليعلمه بأجره[1]} وقال في حديث آخر: {فليؤاجره بشيء معلوم[2]} وفهم من قول المؤلف: "جزء ثوب" أنه لو استأجره بجزء الغزل أو بجزء الجلد أو الجلود قبل الدباغ أن ذلك جائز، وهو كذلك إذا شرط عليه تعجيل ذلك أو يكون العرف، وإلا فسدت الإجارة، وكذلك لو دفع له نصف الجلود ونصف الغزل من الآن وشرط عليه نسج الجميع أو دبغ الجميع ثم يأخذ جزأه فلا يجوز للتحجير، فإن أعطاه الغزل على جزء ولم يبين هل من الثوب أو من الغزل فقال ابن حبيب يجوز. قال المصنف في التوضيح: أصل ابن القاسم المنع، وجزم به في الشامل فقال: فلو دخل على جزء غير معين منع خلافا لابن حبيب.

تنبيهات: الأول: قال اللخمي في الجعل والإجارة: وإن قال ادبغ نصف هذه المائة بنصفها وشرطا نقد النصف جاز إذا كانت تعتدل في القسم والعدد أو تتقارب، وإن تباين اختلافهما لم يجز من أجل الجهل بما يدبغ؛ لأنه لا يدري هل يدبغ ستين أو أربعين، وليس يفسد من أجل الجهل بما يصير للعامل في أجرته؛ لأن شراء نصفها على الشياع جائز وإن لم يعتدل في القسم. انتهى.

الثاني: منه فإن لم [يفسخ في[683]] هذه الصورة حتى قاسمه ودبغ جميعها كان له النصف الذي أخذه أجرة بقيمته يوم قبضه بعد المقاسمة، وله إجارة المثل في النصف الآخر. انتهى. وكذا لو فات النصف الذي أخذه أجرة بغير الدبغ للزمه قيمته يوم قبضه، ولو كان النصف قائما لرده وكان له أجرة مثله، وهذا بين. والله أعلم.

الثالث: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو استأجر السلاخ بالجلد والنساج بجزء من الثوب والطحان بالنخالة لم يجز، فإن وقعت المسألة على ما قاله المصنف فقال أصبغ له أجرة مثله، والثوب والجلود لربها. ابن عبد السلام: يريد أصبغ لأنه لم يجعل له النصف إلا بعد الفراغ من العمل فعلى هذا إن فاتت الجلود بيد الصانع بعد الدبغ فله نصفها بقيمتها يوم خرجت من الدباغ، ولربها النصف الآخر وعليه أجرة المثل في دباغ الجميع، ولو دفع إليه نصف الجلود قبل الدبغ على أن يدبغها مجتمعة فأفاتها بالدباغ فله نصفها بقيمتها يوم قبضها، وله أجرة عمله في نصفها للتحجير في نصف الدابغ، وهذا بين، وأشار بعضهم إلى أنه يختلف في ضمان الصانع لنصفها في هذا الوجه الأخير إذا شرع في دباغها ويختلف في فواتها بالشروع؛ لأن قبضه ليس قبضا حقيقيا لأنه غير متمكن من الانتفاع بما قبضه.

الرابع: قال اللخمي في الوجه الأول أعني إذا قال له ادبغ المائة على أن لك نصفها بعد [الدبغ[684]] إن شرع في العمل [مكن[685]] من التمادي حتى يفرغ: وكذلك النسج إن شرط أن

الحديث 1- عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم لا يساوم الرجل على سوم أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه ولا تناجشوا ولا تبايعوا بإلقاء الحجر، ومن استأجر أجيرا فليعلمه أجره. السنن الكبرى، البيهقي، ج6 ص120، دار الفكر.
2- انظر البيان والتحصيل، ج8 ص444.

682 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويحيى190 ويم6 ومايابى61.
683 – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 ويحيى190 ويم6 ومايابى61.
684 – في المطبوع الدفع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وم ويحيى190 ويم6 ومايابى61.
685 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 399 وم ويحيى190 ويم6 ومايابى61.

نص خليل أَوْ رَضِيعٍ وَإِن مِّنَ الآنَ وَبِمَا سَقَطَ أَوْ خَرَجَ فِي نَفْضِ زَيْتُونٍ أَوْ عَصْرِهِ.

متن الحطاب ينسج له غزلا بنصفه فأخذ في النسج مكن من التمادي؛ لأن في نزعها عليه حينئذ مضرة، واعترضه ابن عرفة وقال: هذا خلاف قول أهل المذهب في المساقاة الفاسدة أن ما يرد منها لإجارة المثل يفسخ ولو بعد العمل، بخلاف ما يرد لمساقاة المثل، وما قال ابن عرفة هو الظاهر، فقد قال اللخمي في باب المساقاة بعد أن ذكر مسائل يرجع فيها إلى أجرة المثل، وأخرى يرجع فيها إلى مساقاة المثل، وهكذا الجواب في كل موضع يرجع فيه إلى أجرة المثل فإنه يعطى العامل أجرة عن الماضي ولا يمكن من التمادي، وكل موضع يرجع فيه إلى مساقاة المثل لا ينزع منه بعد العمل حتى يتم ما دخل فيه، وعلله [بأن[686]] مساقاة المثل العوض فيها من الثمرة، فلو فسخت ذهب عمله باطلا، وفي الإجارة العوض في الذمة لا يذهب عمله باطلا. وذكر ابن عرفة كلامه هذا في آخر المساقاة، وذكره أيضا عن عبد الحق عن غير واحد من شيوخ صقلية، وزاد مع المساقاة القراض/ قال: وذكره ابن رشد غير معزو، وكأنه المذهب، وكذا عياض، وقيد الفوات بعمل له بال فتأمله. والله أعلم. 400

ص: أو رضيع وإن من الآن ش: يعني أن الإجارة تفسد أيضا فيما إذا استأجر من يرضع صبيا بجزء منه، وقوله: "وإن من الآن" مبالغة في هذه المسألة فقط دون ما قبلها، ويعني به أن الإجارة فاسدة، سواء شرط أخذ الجزء المستأجر به بعد تمام مدة الرضاع أو شرط أخذه الآن، أما الأول فظاهر لأنه معين يتأخر قبضه، وهو شامل لوجهين أيضا: الأول أن يشترط أخذه بعد المدة ويكون فيها على ملك ربه. الثاني أن يشترط أخذه بعد المدة لكنه على ملك المستأجر كما تقدم في مسألة الجلود والغزل، وأما الوجه الثاني وهو ما إذا شرط أخذ الجزء المستأجر به من الآن فيتبادر جوازها كما في مسألة الجلود والغزل، وعلله ابن عبد السلام بأن الصبي لما كان مما يتعين ولو تعذر تعليمه بموت أو غير ذلك لم يلزم ربه خلفه صار نقد الأجرة فيه كالنقد في الأمور المحتملة بشرط، وعلى هذا التقدير فسواء كانت الأجرة جزءا منه أو غير ذلك. انتهى. وتصور كلام المصنف من الشرح والحاشية ظاهر.

تنبيه: ذكر ابن أبي زيد رحمه الله في مسألة التعليم التي جعلها المصنف وابن عرفة مساوية لهذه أنه إذا وقع وشرط قبض نصفه بعد السنة فسخ، فإن فات وعلمه سنة ولم يفت العبد فله قيمة تعليمه والعبد لسيده، وإن فات بعد السنة بيد المعلم فالعبد بينهما، وعلى ربه قيمة تعليمه، وعلى المعلم نصف قيمته يوم تمام السنة معلما، وإن شرط قبضه الآن وفات بيد المعلم بعد تمام السنة فله نصف قيمة تعليمه وعليه نصف قيمة العبد يوم قبضه ويكون بينهما. والله أعلم.

ص: وبما سقط أو خرج [في[687]] نفض زيتون أو عصره ش: أي وكذا تفسد الإجارة إذا استأجره على نفض الزيتون بما يسقط منه أي بجزء مما يسقط، وعلى عصره بما خرج منه من الزيت أي بجزء مما يخرج منه للجهل بقدر ما يسقط وما يخرج من العصر ولو في شيء منه وكيف يخرج. قاله في المدونة. قال: ولأنه لا يقدر على الترك إذا شرع ونص كلامه في آخر كتاب الجعل والإجارة: وإن قال له انفض شجري أو حركها فما نفضت أو سقط فلك نصفه لم يجز لأنه مجهول، وإن قال

الحديث ....

[686] *- في المطبوع وسيد64 ومايابى61 وما بين المعقوفين من يحيى190.

[687] *- في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص400.

نص خليل وَكَاحْصُدْ وَادْرُسْ وَلَكَ نِصْفُهُ وَكِرَاءِ أَرْضٍ بِطَعَامٍ أَوْ بِمَا تُنْبِتُهُ.

متن الحطاب اعصر زيتوني أو جلجلاني فما عصرت فلك نصفه لم يجز؛ لأنه لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، [وإذ[688]] لا يقدر على الترك إذا شرع، وليس هكذا الجعل، والحصاد يدعه متى شاء إذا قال فما حصدت من شيء فلك نصفه. انتهى. فقد بين وجه عدم جواز عصر الزيتون بجزء/ مما يخرج منه، 401 وأما وجه عدم جواز النفض والتحريك فقال الشيخ أبو الحسن عن القاضي إسماعيل: لأن الشجر يختلف، فمنه ما هو [ناضج[689]] يقل ما يسقط منه، ومنه ما هو بخلافه. انتهى. فلا يصح ذلك إجارة ولا جعلا للجهل المذكور، بخلاف مسألة الحصاد الآتية في قول المصنف: "فما حصدت فلك نصفه" فإنه يقدر على الترك متى شاء وما يحصده فله نصفه فهو معلوم، ومثل الحصاد اللقط. قال في المدونة: وإن قال له فما حصدت أو لقطت فلك نصفه جاز، وله الترك متى شاء لأنه جعل، وكذلك الجداد إذا قال له جد من نخلي ما شئت فما جددت فلك نصفه. صرح به ابن رشد في أوائل كتاب الجعل، والفرق بين الحصاد والجداد واللقط وبين النفض والعصر أن الحصاد والجداد واللقط من مقدوره ولا مانع له إلا الكسل، وكلما أراد أن يقطع عرجونا أو يحصد موضعا أو يلقط شيئا علم أن له نصف ذلك قبل عمله بخلاف النفض والتحريك فإنه غير منوط بمقدوره فهو يعمل العمل ولا يدري هل يسقط شيء أم لا؟ وهل يقدر أو يترك، وكذلك العصر. فتأمله.

تنبيهات: الأول: قال أبو الحسن عن ابن القصار: ومعنى التحريك هنا النفض باليد، وأما بالقضيب فهو كالحصد. قال: وهذا بعيد لأن النفض باليد غير معتاد. انتهى. ونقله في التوضيح. قال في التوضيح بعد ذكره مسألة النفض: ابن يونس: لو قال انفضه كله ولك نصفه جاز. انتهى. وكلامه يوهم أنه تقييد لقول ابن القاسم، وكلام ابن عرفة [يفهم[690]] أنه إنما نقله عن ابن حبيب، وأن ابن القاسم يخالفه فتأمله. والله أعلم.

الثاني: إذا وقع شيء من هذه الوجوه الفاسدة وأتم العمل على ما قالا فللعامل أجرة مثله، وجميع الزرع لربه، فإن قسما على ما قالا فما أخذه العامل حرام، وما أخذه رب الزرع فلا يحرم عليه؛ لأن الزرع جميعه له. ذكر ذلك الشيخ أبو الحسن الصغير، ويأتي ما يشبه ذلك في كراء الأرض بالطعام.

الثالث: ما يسقط من التمر بين الكرانيف والسعف يسمى الجلالة لا يجوز الاستئجار عليه بجزء منه؛ إذ لا يحاط بقدره لاختفائه بين الكرانيف. قاله في رسم قطع الشجرة من سماع ابن القاسم من الإجارة.

ص: **كاحصد وادرس ولك نصفه** ش: قال في المدونة: وإن قال احصده وادرسه ولك نصفه لم يجز؛ لأنه استأجره بنصف ما يخرج من الحب وهو لا يدري كم يخرج ولا كيف يخرج، وكذلك لو بعته [زرعك[691]] جزافا وقد يبس على أن عليك حصاده ودرسه وذريه لم يجز؛ لأنه اشترى حبا جزافا لم يعاينه، ولو قال على أن كل قفيز بدرهم جاز، لأنه معلوم بالكيل، وهو يصل إلى صفة القمح بفرك سنبله، وإن تأخر درسه إلى مثل عشرة أيام أو خمسة عشر يوما فهو قريب، وقال قبله: ومن قال لرجل احصد زرعي

الحديث ....

688 – في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من التهذيب، ج3 ص392 ويحيى181.

689 – في المطبوع ناجح وما بين المعقوفين من مايابى ص62 ويحيى191 وسيد64.

690 *– في يحيى191 يوهم.

691 – في المطبوع زرعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 401 وم ويحيى191 ويم7 ومايابى63.

نص خليل إلاَّ كَخَشَبٍ.

متن الحطاب هذا ولك نصفه أو جد نخلتي هذه ولك نصفها جاز، وليس له تركها لأنها إجارة، وكذلك لقط الزيتون .انتهى. أي إذا قال له القط زيتوني ولك نصفه. قال أبو الحسن عن الأمهات: فحين يحصده وجب له نصفه. عياض: ظاهر هذا أنه إنما يجب له بعد الحصاد، والذي يأتي على أصولهم أنه وجب له بالعقد، ألا تراهم جعلوا ما هلك قبل حصاده وبعده من الأجير، وقال الرجراجي هذا هو المشهور، وقال في التوضيح: ابن حبيب: والعمل في تهذيبه بينهما. ابن يونس: يريد ولو شرط في الزرع قسمته حبا لم يجز، وإن كان إنما يجب له بالحصاد فجائز، وكذلك في كتاب ابن سحنون. عبد الحق: ولا يجوز قسمه قتا ويدخله التفاضل، وفي هذا خلاف في الربويات وغيرها، واعترض منع قسمته حبا بأنه شرط يوافق مقتضى العقد؛ لأن الأجير لا يستحقه إلا بعد عمله، وحينئذ لا يتمكن من أخذ نصيبه إلا مهذبا، وأجيب بمنع أنه لا يملكه إلا بعد الحصاد، فقد قال ابن القاسم إذا تلف قبل أن يحصده أو بعد أن حصد بعضه هو منهما وعليه أن يستعمله في مثله أو مثل ما بقي منه، وخالف في ذلك سحنون. انتهى بالمعنى واللفظ . فقد
402 ظهر الفرق بين هذه المسألة/ المنوعة والمسألة الجائزة الآتية في قوله: "واحصد هذا ولك نصفه" بأن [هنا[692]] لما استأجره على حصاده ودرسه؛ فكأنه استأجره بالحب وذلك لا يجوز، وفي المسألة الأخرى إنما استأجره بنصف الزرع القائم الذي يحصده وذلك صحيح. والله أعلم.

ص: [إلا[693]] كخشب ش: قال في المدونة: لا يجوز كراؤها بشيء مما تنبت ولو كان من غير الطعام من قطن أو كتان أو إصطبة وهي المشاق أو قصب أو قرط أو تبن أو علف ولا بزعفران ولا بطيب يشبهه ولا بعصفر ولا بطعام ولو لم تنبته فلا يجوز بلبن محلوب أو في ضروعه أو بجبن أو عسل أو بسمن أو تمر أو صير وهي نوع من الحيتان تملح أو بشيء من الأنبذة والأشربة أو بفلفل أو بزيت الكتان أو الجلجلان أو بسمك أو بطير الماء الذي هو للسكين أو بشاة اللحم. أبو الحسن: يعني العلوف أو الشارف، وقوله الأشربة يعني التي تشرب لا التي يتداوى بها إلا أن تكون طعاما. ثم قال في المدونة: ولا بأس بكرائها بالعود والصندل والحطب والجذوع وبالعين. انتهى. وقال ابن عرفة: ولا بأس بكرائها بالماء.

قلت: ولا يتخرج منعها به على أنه طعام؛ لأنه قول ابن نافع، وهو يجيزه بالطعام غير الحنطة وجنسها. قال: وجعل ابن الحاجب وابن شاس القصب كالجذوع، [وقبوله[694]] ابن هارون لا أعرفه بل قولها لا يجوز كراؤها بالقصب. انتهى. وقال في التوضيح: هو بفتح بالصاد المهملة، ونقل الجواز عن صاحب التلقين وإذا كان كذلك فيرد إنكار ابن عرفة، وأما ما ذكره عن المدونة فإنما هو القضب بالضاد المعجمة. كذا رأيته في نسخة مصححة، وبدليل ذكره له مع القرط والتبن والعلف، ولعله ظن كلام ابن [الحاجب[695]] أنه كذلك.

الحديث ....

---

692 *- في م141 ومايابى63 هذا.

693 - في المطبوع لا ما بين المعقوفين من يحيى 191 ومايابى63 وم141.

694 *- في المطبوع ومايابى63 وسيد64 وقبله وما بين المعقوفين من يحيى191 وم142 ويم8.

695 *- في المطبوع وسيد64 الحاج وما بين المعقوفين من م142 ويم8 ومايابى63 ويحيى181.

نص خليل ....

متن الحطاب

تنبيهات: [الأول: قال ابن عرفة: قول اللخمي: [696] "يجوز كراؤها بالمصطكى" نص في أنها غير طعام.

الثاني: شدد سحنون فقال: من أكراها بما يخرج منها فذلك جرحة، وتأوله أبو محمد على من كان عالما أنه لا يجوز، وهو مذهبه أو قلد من مذهبه المنع. سحنون: ولا [يوكل[697]] طعامه ولا يشترى منه ذلك الطعام الذي أخذه في كرائها، وتأوله ابن رشد على أنه من الورع.

الثالث: إذا وقع ذلك فإنما له كراؤها بالدراهم، وذكر الشيخ أبو محمد أن عيسى بن مسكين وغيره من قضاة أصحابنا بإفريقية حكموا بأن يعطى له قيمة الجزء الذي يقع له من ثلث أو ربع دراهم لأنه لا يعرف لها بالمغرب قيمة كراء بالعين، ولم يعتبروا قيمة كرائها يوم العقد لأنه لا كراء على المكتري في الأرض إذا لم يصب فيها شيئا. ابن عرفة عن المتيطي: قال بعض الموثقين: أرض الأندلس عندي بخلاف ذلك، الكراءُ فيها معروف فيجب أن يقضى فيها بكراء المثل.

قلت: وكذا الأمر عندنا في أرض تونس، وفي قولهم ينظر إلى ما يقع له من ذلك الجزء ربع أو ثلث دراهم نظر؛ لأن [ظاهره[698]] البناء على ما دخلا عليه من الجزء وهو عقد فاسد، فيجب لغو ما دخلا عليه وينظر إلى قيمتها بالجزء أن لو جاز فيها ثم ينظر إلى قيمة ذلك الجزء. انتهى. وما قاله ظاهر لا شك فيه ولا يعدل عنه. والله أعلم.

الرابع: قال في آخر الجامع من الجواهر لما تكلم على الزرع: كره مالك شراء طعام من مكتري الأرض بالحنطة، هذا ومذهبه أن الطعام كله له، وإنما عليه كراء الأرض عينا.انتهى. وهذا –والله أعلم– إذا لم يتب ويصلح ما وقع له على الوجه الشرعي، وأما لو فعل ذلك فلا يظهر للتوقف حينئذ وجه، وقد ذكر الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر الشفعة أنه يقوم من مسألة الأخذ بالشفعة ممن اشترى بدراهم مغصوبة جواز شراء ما يحصل بالمعاملة الفاسدة قبل أن يصلحا شأنهما. قال: فعلى هذا يجوز شراء مكتري الأرض بالطعام قبل أن يصلح شأنه مع ربها، فالكلام الأول على التنزه وما هو الأولى. والله أعلم.

403

الخامس: قال فيها: ومن/ أكرى أرضه بدنانير مؤجلة فحلت فلا يأخذ بها طعاما ولا إداما، وليأخذ ما يجوز أن يبتدئا به كراءها. والله أعلم.

السادس: يجوز كراء الأرض بشجر بأصولها يأخذها من المكتري إن لم يكن فيها ثمر، فإن كان فيها ثمر لم يجز. قاله في المدونة.

السابع: قال فيها: ويجوز بيع رقبة الأرض بشجر فيها ثمر كما تباع بطعام عاجل وآجل. انتهى. وقال في النوادر بعد أن ذكر منع كراء الأرض بما يؤكل أو يشرب من الأشربة وبما يخرج من الأرض ما نصه: ولا بأس بشرائها بذلك كله ما لم يكن فيه يومئذ طعام.انتهى. كذا في النسخة،وصوابه ما لم

الحديث ....

[696] *– في المطبوع الأول قال ابن ناجي ابن عرفة وما بين المعقوفين من يحيى191 ويم8 ومايابى63 وسيد64.

[697] – في المطبوع والنسخ ولا يأكل وما بين المعقوفين من ابن عرفة، ص262.

[698] – في المطبوع ظاهر ويحيى192 وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 ويم8 ومايابى64.

نص خليل وَحَمْلِ طَعَامٍ لِبَلَدٍ بِنِصْفِهِ إلاَّ أنْ يَقْبِضَهُ الآنَ.

متن الحطاب يكن [فيها[699]] يومئذ طعام. ثم قال في النوادر: ولا بأس أن تكتري بئرا إلى جانب أرضك لتسقيها بمائها بما شئت من الطعام. انتهى. وقد تقدم أن الماء غير ربوي، وأنه يجوز بيعه بطعام إلى أجل كما صرح به في السلم الثالث من المدونة.

الثامن: قال اللخمي: يجوز كراؤها بثياب القطن والكتان لأن الصنعة غيرتها. والله أعلم.

ص: وحمل طعام لبلد بنصفه إلا أن يقبضه الآن ش: أي إلا أن يشترط أن يقبض نصفه الآن. قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يحمل لك طعاما إلى بلد كذا بنصفه، إلا أن [لا[700]] تنقده نصفه مكانك لأنه شيء بعينه بيع على أن يتأخر قبضه إلى أجل. انتهى. قال أبو الحسن: هذا بالشرط ولو اشترط أن [لا[701]] ينقده فلا إشكال في المنع، وإن وقع الأمر مبهما فعلى مذهب ابن القاسم هو على الفساد حتى يشترط قبض نصفه الآن، وعلى مذهب أشهب وابن حبيب وسحنون هو جائز حتى يشترط أن لا يقبضه إلا بعد البلاغ، ونحوه في ابن يونس.

تنبيهان: الأول: قال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: ولا يجوز أن يقول له احمل طعامي هذا إلى بلد كذا ولك نصفه إلا أن يعطي نصفه نقدا، ولا يجوز على تأخيره إلى البلد، [و[702]]لو اكتال نصفه هاهنا ثم يحمل الجميع إلى البلد لم يجز أيضا. قال ابن حبيب: ولو سلم له نصفه إن شاء حمله أو حبسه لجاز. انتهى. فمعنى الأول أنه كان له نصفه وشرط عليه أن يحمل الجميع إلى البلد. والله أعلم.

الثاني: إذا وقع ذلك وحمله للبلد فذكر ابن يونس عن ابن أخي هشام أن للحمال نصفه، وعليه مثله في الموضع الذي حمله منه وله كراؤه في النصف الآخر ما بلغ. قال: وعاب هذا بعض شيوخنا، وقال يلزم [عليه[703]] إذا هلك الطعام أن [يضمن[704]] نصفه؛ لأنه على قوله بالقبض لزم ذمته، وهذا بعيد لأن فساد المعاملة منع المكاري من قبض حصته إلى أن يصل للبلد المحمول إليه فكيف يضمن إذا هلك قبل البلد؟ وهو إنما يصير له بعد الوصول إليها، وإنما يكون الطعام كله لربه وعليه إجارة حمله كله، وهذا هو الصواب كما في مسألة دبغ [الجلود ونسج[705]] الثوب على أن له نصف ذلك إذا فرغ فعمل على ذلك فإن له أجر عمله والثوب والجلود لربها فكذلك هذا. انتهى. أبو الحسن: ويظهر لي أن قول ابن أخي هشام هو ظاهر الكتاب من قوله [لأنه شيء[706]] بعينه بيع على أن يتأخر قبضه تأمله. وفي مسألة الجلود والثوب شرط أنه إنما يقبض بعد الفراغ. انتهى. فإن أفات

الحديث ....

---

699 – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص403 ويحيى192 ويم8 ومايابى64 وم142 وسيد65.
700 – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم ب ما في المطبوع أن تنقده وهو الذي في م142 ويحيى192 ويم96.
701 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 403 وم142 ويحيى192 ويم9 ومايابى64.
702 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم142 ويحيى192 ويم9 ومايابى64.
703 *– في المطبوع وسيد65 عليك وما بين المعقوفين من يحيى192 وم142 ومايابى65 ويم9.
704 – في المطبوع تضمن وما بين المعقوفين من ن ذي ص403 وم142 ويم9 ومايابى65 ويحيى192 وسيد65.
705 – في المطبوع ونصبها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم ويحيى192 ويم9 ومايابى65.
706 – في المطبوع لأنه لا شيء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم ويحيى192 ويم9 ومايابى65.

نص خليل

وَكَإِنْ خِطْتَهُ الْيَوْمَ بِكَذَا وَإِلاَّ فَبِكَذَا وَاعْمَلْ عَلَى دَابَّتِي فَمَا حَصَلَ فَلَكَ نِصْفُهُ وَهُوَ لِلْعَامِلِ وَعَلَيْهِ أجْرَتُهَا عَكْسُ لِتُكْرِيهَا وَكَبَيْعِهِ نِصْفًا بِأَنْ يَبِيعَ نِصْفًا إلاَّ فِي الْبَلَدِ إِنْ أجَّلاَ وَلَمْ يَكُنِ الثمَنُ مِثْلِيًّا.

متن الحطاب

[الحمال[707]] النصف بعد وصوله للبلد المحمول إليه فعليه مثله في ذلك الموضع وله جميع الكراء. والله أعلم.

ص: وكإن خطته اليوم بكذا وإلا فبكذا ش: قال فيها: وإن آجرت رجلا يخيط لك ثوبا إن خاطه اليوم فبدرهم، وإن خاطه غدا [فبنصف[708]] درهم،/ أو قلت له إن خطت خياطة رومية فبدرهم، وإن خطته خياطة عربية فبنصف درهم لم يجز، وهو من وجه بيعتين في بيعة، فإن خاطه فله أجر مثله، زاد على التسمية أو نقص، قال غيره في المسألة الأولى إلا أن يزيد على الدرهم أو ينقص من نصف الدرهم فلا يزاد ولا ينقص. أبو الحسن: ويعتبر في التقويم التعجيل والتأخير؛ أي يقال كم قيمة خياطة هذا الثوب اليوم، وكم قيمة خياطته إلى غد، ونحوه في ابن يونس، سحنون: وقول ابن القاسم أحسن.

404

فرعان: الأول: إذا استأجره على خياطة ثوب بدرهم ثم قال له عجله لي اليوم وأزيدك نصف درهم فإن كان على يقين من أنه يمكنه تعجيله فذلك جائز، وإن كان لا يدري إذا أجهد نفسه هل يتم أم لا؟ فكرهه مالك، ومثله استئجار رسول على تبليغ كتاب لبلد بكذا ثم زيادته على أن يسرع في السير فيبلغه في يوم كذا يفصل فيه كما تقدم. هذا الذي ارتضاه ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الإجارة، ونصه: سئل مالك عن الرجل يستخيط الثوب بدرهم، ثم يقول له بعد ذلك عجله لي اليوم ولك نصف درهم قال مالك: لا أرى به بأسا وأرجو أن يكون خفيفا، ولم يره كالرسول يزاد لسرعة السير. قال ابن رشد: أما الذي يستخيط الرجل الثوب بأجل مسمى ثم يزيده بعد ذلك على أن يعجله له فلا إشكال أن ذلك جائز؛ لأن تعجيله ممكن له، ولا ينبغي أن يتعمد تأخيره ومطله إضرارا به لغير سبب، وله أن يتسع في عمله ويؤخره لعمل غيره قبله أو للاشتغال بما يحتاج إليه من حوائجه على ما جرى من عرف الصناع في التراخي في أعمالهم، فإذا زاده على أن يتفرغ له ويعجله جاز؛ لأنه أخذ ما زاده على فعل ما يقدر عليه ولا يلزمه. انتهى. ونقله ابن عرفة، وبعض الكلام في التوضيح. والله أعلم.

الثاني: من استأجر غلمانا يخيطون [الثياب[709]] كل شهر بشيء مسمى فلا يجوز أن يطرح على أحد منهم ثيابا على أنه إن فرغ منها في يوم فله بقيته وإن لم يفرغ منها في يوم كان عليه يوم آخر لا [يحسبه[710]] له في [شهره[711]] إن كان ذلك كثيرا لكثرة الغرر في ذلك، وإن كان ذلك يسيرا فذلك خفيف. قاله في أول سماع ابن القاسم من الإجارة.

ص: واعمل على دابتي فما حصل فلك نصفه ش: قال ابن غازي: أي فما حصل من ثمن أو أجرة

الحديث

....

[707] – في المطبوع الحمل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 403 وم ويحيى192 ويم9 ومايابى65.

[708] *– في المطبوع ومايابى65 فنصف وما بين المعقوفين من سيد65 وم142 ويم9 والتهذيب ج3 ص346.

[709] – في المطبوع الثوب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 وم ويحيى192 ويم9 ومايابى65.

[710] – في المطبوع ومايابى65 يحبسه وما بين المعقوفين من ذي ص404 وم143 وسيد65 ويحيى193 ويم9.

[711] – في المطبوع ويم9 شهر ويحيى193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 404 ومايابى65 ويحيى193 وم143 وسيد65.

نص خليل ....

متن الحطاب بدلالة قوله بعد: "وجاز بنصف ما يحتطب عليها". انتهى. وقوله: "من أجرة" لعله يريد في صورة العكس التي في قوله: "عكس لتكريها"، وإلا فليس في هذه الصورة أجرة إنما فيها ثمن، ولفظ المصنف نحو لفظ المدونة، [وفسره[712]] الشارح بأن المراد الثمن.

تنبيهات: الأول: لا فرق في ذلك بين الدابة والسفينة والإبل. قاله في المدونة. وكذلك في عكس هذه المسألة لا فرق بينهما، وزاد في المدونة معها في هذه مسألة الدار والحمام؛ أعني فيما إذا دفع إليه هذه الأشياء ليكريها وسكت في المسألة الأولى؛ أعني قوله اعمل على دابتي عن الدار والحمام فقال عياض: لأن ما لا يذهب به ولا عمل فيه لمتوليه كالرباع فهو فيها أجير والكسب لربها، ويستوي فيها اعمل وآجر، ونقله أبو الحسن وقبله، وكذلك قال اللخمي: قوله في السفينة أكرها واعمل عليها سواء إن كان فيها[قومة[713]] ربها؛[كأنه[714]] إنما يتولى العقد فغلتها لربها وله أجر مثله، ولو

405 كان سافر فيها بمتاعه فالربح له ولربها/ الإجارة، والحمام والفرن إن لم يكن فيهما دواب ولا آلة الطحن كان ما يؤاجر به للعامل [وعليه[715]] أجر المثل، وإن كانا بدوابهما ويشتري الحطب من [عنده[716]] صاحبهما أو من غلتهما فما أصاب لربهما، [وللعامل أجرة[717]] المثل، وإنما هو قيم فيهما، وكذا الفندق ما أكرى به مساكنه لربه وللقيم إجارته.انتهى.

الثاني: لا فرق أيضا فيما إذا قال اعمل على دابتي أو في سفينتي أو إبلي [بين[718]] أن يقول لي أو لا يقولها على ظاهر رواية الأكثرين وصريح رواية الدباغ، وفي الجلاب: إذا قال اعمل لي كان الكسب كله لرب الدابة. قال عياض: والصواب الأول، ولا فرق بين أن يقول لي أو لم يقلها إذ هو المقصود. نقله أبو الحسن.

الثالث: إذا أصيب ما عمل عليها قبل بيعه فهو من العامل. نقله أبو الحسن.

الرابع: إذا قال اعمل على دابتي. قال ابن عرفة: الصقلي: لو عمل فلم يجد شيئا فعليه الكراء لأنه في ذمته، ولابن حبيب إن عرف أنه عاقه عائق فلا شيء عليه إذا لم يكرها بشيء مضمون عليه.

قلت: وهذا نحو اختلافهم في القرض على الأداء من شيء بعينه يتعذر، وهو مذكور في [القرض[719]]. وقال قبله اللخمي: إن قال [أكر[720]] دابتي ولك نصف ما تكريها به فمضى بها ثم ردها وتعسر عليه كراؤها لم يكن له شيء لأنه فاسد، والحكم أن يردها ولا يتم ذلك الفاسد.

الحديث ....

---

712 – في المطبوع وفسر وما بين المعقوفين من يحيى193 وسيد65 ومايابى65.

713 *– في المطبوع قومه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى66.

714 *– في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى66.

715 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويحيى193 ويم9 ومايابى66.

716 – في المطبوع عند ويحيى193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم9 ومايابى66.

717 – في المطبوع وعليه ويحيى193 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويم10 ومايابى66.

718 – في المطبوع وبين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 405 ويحيى193 ويم10 ومايابى66.

719 – في المطبوع القراض وما بين المعقوفين من م143 ويحيى193 وسيد65 ومايابى66.

720 – في المطبوع إكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص405.

نص خليل

وَجَازَ بِنِصْفِ مَا يَحْتَطِبُ عَلَيْهَا وَصَاعِ دَقِيقٍ مِنْهُ أَوْ مِنْ زَيْتٍ لَمْ يَخْتَلِفْ وَاسْتِئْجَارُ الْمَالِكِ مِنْهُ وَتَعْلِيمُهُ بِعَمَلِهِ سَنَةً مِنْ أَخْذِهِ وَاحْصُدْ هَذَا وَلَكَ نِصْفُهُ وَمَا حَصَدتَّ فَلَكَ نِصْفُهُ.

متن الحطاب

الخامس: لو قال أكرها فعمل عليها كان الكسب للعامل ولربها كراء المثل لأنه تعدى على منافع الدابة على غير ما أذن له، وإن قال اعمل عليها فأكراها فقال ابن القاسم ما أكريت به للأجير ولربها إجارة المثل، وقال في كتاب الشفعة: ما أكريت به لربها لأن ضمان منافعها منه.انتهى من ابن عرفة.

السادس: من هذا الباب لو قلت له بع سلعتي والثمن بيني وبينك أو ما زاد على مائة بيني وبينك فقال في المدونة: ذلك لا يجوز، والثمن له وللبائع أجر مثله. ابن يونس عن بعض القرويين: الفرق بين إن وقف وساوم ولم يأته أحد فالأشبه له أجر مثله، إلا أن يتأول أنه جعل فاسد، والأشبه الأول. أبو الحسن: وهذا على أن الجعل الفاسد يرد إلى صحيح أصله، وعلى أنه يرد إلى صحيح غيره له أجر مثله.

ص: **وجاز بنصف ما يحتطب عليها** ش: وكذا إن قال لك نقلة ولي نقلة أو ما تنقل اليوم لي وغدا لك أو تعمل عليها اليوم لي وتبيعه وتعمل عليها غدا لك فإن شئت بعته، وإن شئت أخذته لنفسك. نقله ابن عرفة وغيره.

تنبيهات: الأول: إذا قال بنصف ما تحتطب عليها لي جائز كما تقدم، وقد يعرض له ما يفسده كقوله ولا تأخذ نصفك إلا بعد بيعه مجتمعا أو نقله لموضع كذا مجتمعا. قاله ابن عرفة.

الثاني: إذا وقع على الوجه الفاسد فالكسب بينهما نصفان، ويرجع العامل على ربها بنصف إجارة مثله، ويغرم لربها نصف كراء الدابة في ذلك العمل. قاله ابن عرفة أيضا.

406

الثالث: إذا قال اعمل عليها اليوم لي وغدا لك فقد تقدم أنه جائز أيضا. اللخمي: فإن عمل اليوم/ ثم تلفت الدابة فللعامل على ربها أجر مثله، وليس له أن يكلفه أن يأتي بأخرى، فلو عمل ما للعامل وتلفت قبل أن يعمل ما لربها فهل لربها كراؤها، أو يأتيه بدابة أخرى يعمل عليها لأن المعمول عليه لا يتعين؟ والأول أبين؛ لأن خلف ذلك يتعذر. ابن عرفة: القول الأول قول ابن القاسم في العتبية، ولما ذكره الصقلي قال: الشيخ: أعرف فيها أن على رب الدابة أن يأتيه بأخرى يعمل عليها وهو على أصلهم.

[**الرابع:**[721]] قال في الطرر: فيمن أعطى دابته وفأسه على أن الحطب مناصفة فضاع الفأس فضمانه من ربه، ويحلف الأجير إن كان متهما، ونقله الوانوغي هنا.

ص: **واستئجار المالك منه** ش: يريد ما لم يؤد إلى دفع قليل في كثير كما في بيوع الآجال.

ص: **وتعليمه بعمله سنة من أخذه** ش: قال أبو الحسن في الكبير بعد أن نقل عن عبد الحق والتونسي كلاما طويلا: تحقيق هذا الذي قالوه في مسألة الغلام أو معلم الصناعة باع منافعه بمنافع الغلام سنة فإذا مات الغلام عند تمام المدة فلا كلام، وإن مات قبل الشروع في المدة فلا كلام أيضا في فسخ الإجارة بينهما، وإن مات قبل تمام المدة فلا بد من المحاسبة، فإن وفى الصانع ثلثي الصنعة

الحديث

....

---

[721] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 وم ويحيى193 ويم10 ومايابى66.

نص خليل وَكِرَاءُ دَابَّةٍ لِكَذَا عَلَى إنِ اسْتَغْنَى فِيهَا حَاسَبَ.

متن الحطاب ووفى الغلام ثلث العمل فقط وجب المردود للصانع، وهو ثلث إجارته يرجع به على سيد الغلام؛ إذ هي بقية قيمة منافعه التي وفى، ولو كان الحال بالعكس بأن يوفي العامل ثلثي العمل ولم [يحذق[722]] له المعلم إلا ثلث الصنعة لوجب المردود للسيد يرجع بثلث أجرة الغلام، ولو استويا فيما وفى كل واحد لصاحبه لسقطت المراجعة بينهما. انتهى. ابن عرفة: بعض شيوخ عبد الحق ما حاصله: إن مات في نصف السنة، فإن كان قيمة تعليمه في النصف الأول مثلي قيمة تعليمه في النصف الثاني، وقيمة عمله في النصف الأول نصف قيمة عمله في النصف الثاني رجع [على[723]] ربه بثلث قيمة تعليمه.

قلت: الأظهر منع إجارته بعمله لأنه يختلف بحسب سرعة تعلمه وبعده. انتهى.

ص: وإجارة دابة لكذا على إن استغنى فيها حاسب ش: لو قال على إن استغنى عنها لكان أبين، ويريد بشرط [أن لا[724]] ينقد لأنه إن نقد يكون تارة ثمنا وتارة سلفا. قاله في التوضيح، وعزاه لمالك في العتبية والموازية، والمسألة في أول كتاب الرواحل من البيان، ولا مفهوم لقوله: "دابة" بل وكذلك غيرها إذ يجوز أن يستأجر الرجل الرجل شهرا على أن يبيع له ثوبا على أن المستأجر متى شاء أن يترك ترك إذا لم ينقد، ثم نقله في/ التوضيح عن المدونة. ثم قال: [ومنعها[725]] سحنون. 407 قال في البيان: [والجواز أظهر، ووافق سحنون[726]] على الجواز في كراء الدار سنة على أنه إن خرج قبلها حاسبه. انتهى كلام التوضيح. ومسألة كراء الدار هذه في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الدور والأرضين.

فرع: فإن اكترى دابة لبلد معين على أنه إن لم يجد حاجته فيها تقدم إلى موضع آخر فقال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كراء الدور: في ذلك ثلاثة أقوال: أحدها أن ذلك لا يجوز إلا أن يسمي الموضع الذي شرط أنه بالخيار في أن يتقدم إليه ويكون تبعا للكراء الأول وبحسابه، فإن لم يكن تبعا للكراء الأول، أو كان بخلافه أرخص أو أغلا أو مبهما لا يدري إن كان بحسابه أم لا إلا بعد النظر لم يجز، وهو مذهب ابن الماجشون، والثاني أن ذلك جائز إذا سمى الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفا، فإن لم يسمه كان بحساب الكراء الأول وإن لم يكن تبعا، وهو ظاهر قول مالك في أول رسم من سماع أشهب بعد هذا، وما في رسم أوصى من سماع عيسى بعد هذا، والثالث أن ذلك جائز إذا سمى الموضع الذي شرط أن يتقدم إليه أو كان وجهه معروفا وإن كان بخلاف الكراء الأول أو غير تبع له، وهذا قول ابن القاسم.انتهى. وانظر توجيهها فيه، والمراد بكونه تبعا يعني أقل من الأول. والله أعلم.

الحديث ....

---

[722] – في المطبوع يحد ومايابى67 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويم10.

[723] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويحيى193 ويم10 ومايابى67.

[724] – في المطبوع لا أن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 406 ويحيى193 ويم10 ومايابى67.

[725] *– في المطبوع وم143 ومايابى67 ومنعهما وما بين المعقوفين من سيد65 ويم11 ويحيى194 والتوضيح ج3 ص280.

[726] – في المطبوع والجواز ووافق اظهر سحنون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 407 ويحيى194 ويم11 ومايابى67.

نص خليل

وَاسْتِئْجَارُ مُؤَجَرٍ أَوْ مُسْتَثْنَى مَنْفَعَتُهُ وَالنَّقْدُ فِيهِ إن لَّمْ يَتَغَيَّرْ غَالِبًا.

متن الحطاب

ص: واستئجار مؤجر ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في كتاب الجعل والإجارة من معين الحكام: إذا اكترى دارا عشر سنين بعدد معلوم دفعه إليه وسكن الدار شهرا أو سنة ثم أراد اشتراءها من ربها فقال أبو بكر بن عبد الرحمن: شراء المكتري لها عندي جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء، وعلى هذا لو انهدمت الدار قبل انقضاء أمد الكراء كانت المصيبة من المشتري؛ إذ الكراء قد انفسخ، وقال الشيخ أبو عمران: شراء المكتري لها جائز، ويكون ذلك فسخا للكراء، ويكون بقية الكراء مضافا إلى ثمن الدار فيجعل ذلك كله ثمنا للدار. انتهى.

ونقل الوانوغي في الثمن قولين: الأول أنه ما وقع به البيع دون الأجرة، والثاني ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء، ونصه: ما [نقله[727]] [ابن عبد الرفيع[728]] عن أبي بكر بن عبد الرحمن وأبي عمران الفاسي نقله ابن سهل وابن عات، وقد اتفقا على أن ذلك فسخ لما بقي من المدة فقال أبو بكر الثمن ما وقع به البيع دونه، وصوبه ابن سهل.

وقال أبو عمران: الثمن ما وقع به البيع وما يجب لبقية المدة من الكراء. انتهى. ومنه قبل هذا بنحو الورقتين: ومن آجر أمته لم يمنع من وطئها، فإن حملت انفسخت الإجارة إذا كان الحمل منه، ومن أجر عبده ثم باعه فالإجارة أولى به، فإن كانت الإجارة كاليوم واليومين جاز البيع، وإن بعدت مدة الإجارة فسخ البيع، ونحو هذا في المدونة. قال أبو الحسن في الكبير: قال عبد الحق: وهذا إذا رضي المبتاع، وإلا فله القيام بهذا العيب إذا لم يعلم أنه في إجارة. انتهى. وقال في معين الحكام أيضا: مسألة: لو أجره شهرا ثم باعه فلم يعلم المشتري حتى انقضى الشهر قال بعض المتأخرين: البيع ماض، وهو كعيب ذهب، وللمشتري أجرة الشهر، أحب البائع أم كره، ولا يدخله بيع عبد وذهب بذهب لأن هذا أمر جرت إليه الأحكام. قال بعضهم: الإجارة للبائع، ويخير المشتري في أن يأخذه بغير إجارة أو يرده، ولا يجوز أن يتراضيا على أخذ العبد وإجارته. انتهى منه.

قال أبو الحسن عن ابن يونس: وقيل بل يقوم العبد على أن يقبض يوم عقد البيع، ثم يقوم على أن يقبض بعد شهر فما نقص رجع بحصة ذلك من الثمن،وهذا أحسنها.صح منه، وهو لأبي إسحاق ومنه وإن كان إنما علم بها بعد انقضاء الإجارة وكانت قريبة كاليوم واليومين جاز، ويختلف هل له متكلم في إجارة هذين اليومين على ما سيأتي.انتهى. ويشير إلى الاختلاف المتقدم في الأمد/ البعيد. والله أعلم. وفي الإجارة من المعونة: فصل: يجوز للمؤاجر أن يبيع العين المستأجرة من المستأجر وغيره إن بقي من مدة الإجارة مالا يكون غررا يخاف تغيرها في مثله خلافا لأبي حنيفة ولأحد قولي الشافعي؛ لقوله تعالى: ﴿ وأحل الله البيع ﴾ ولأنه ليس في بيعها إبطال حق المستأجر؛ لأن المشتري إنما يتسلمها بعد انقضاء أمد الإجارة، وكل تصرف لا يبطل حق المستأجر لا يمنع أصله إذا باع أمة قد زوجها، وقال فيها أيضا: ويجوز بيع العين المستأجرة من مستأجرها وغيره، والمنفعة للمستأجر إلى انقضاء الإجارة، وللمؤجر جميع الاجرة، وفي جهل المشتري الإجارة يثبت له الخيار. انتهى. وقال ابن جزي في القوانين: ويجوز بيع الأرض والرباع المكتراة خلافا للشافعية، ولا

408

الحديث

....

[727] *- في المطبوع نقل وما بين المعقوفين من يحيى194 وسيد65 ومايابى67 ويم11.

[728] *- في المطبوع وم144 ويم11 ومايابى67 ابن الرفيع وما بين المعقوفين من يحيى194.

نص خليل وَعَدَمُ التَّسْمِيَةِ لِكُلِّ سَنَةٍ وَكِرَاءُ أَرْضٍ لِتُتَّخَذَ مَسْجِدًا مُدَّةً.

متن الحطاب ينفسخ الكراء ويكون واجب الكراء في بقية أمد الكراء للبائع، ولا يجوز أن يشترطه المشتري لأنه يؤول إلى الربا، إلا إن كان البيع بعروض، وإن لم يعلم المشتري أن الأرض مكتراة فذلك عيب وله القيام به. انتهى. وفي كتاب الإجارة من الجلاب: ومن [أكرى[729]] دارا أو أرضا مدة معلومة فلا بأس أن يبيعها من مكتريها قبل تمام المدة، ولا بأس أن يبيعها من [غيره إذا[730]] أعلمه بالإجارة، فإن باعها منه ولم يعلم المشتري بالإجارة فهو عيب، إن شاء المشتري رضي به، وإن شاء رد، ولا سبيل له إلى فسخ الإجارة قبل مضي المدة، والأجرة على كل حال للبائع دون المبتاع. قال التلمساني: لأنه ليس في ذلك أكثر من أنه باع دارا أو أرضا يتأخر قبضها مدة من الزمان لا تتغير في مثلها، ولا يجوز أن يشترط الأجرة المشتري لنفسه لأنه يدخله الذهب بالذهب متفاضلا. ثم قال: قال مالك: ومن ساقى حائطا ثم باعه فالبيع ماض [والسقاء ثابت[731]] لا ينقضه البيع. الأبهري: لأن عقد المساقاة لازم كعقد الإجارة. انتهى. ونحوه للقرافي.

وفي أواخر مسائل الإجارة من البرزلي ما نصه: مسألة: ابن عات: من أكرى داره ثم باعها فإما أن يبيعها من المكتري أو من غيره، فإن باعها من غيره فإن لم يعلم بالكراء فهو عيب إن شاء رد وإن شاء تماسك، وإن علم به فلا رد له ولا كراء إلا أن يشترطه، وإن اشترطه فإن وجب الكراء للبائع أو بعضه بمضي المدة فلا خلاف في المنع إذا بيعت الدار بذهب وهو ذهب، ولا بالورق على قول ابن القاسم، إلا أن يكون الثمن نقدا أو يكون أقل من صرف دينار، وإن لم يجب شيء من الكراء على المكتري للبائع لكونه لم يمض من المدة شيء، وإن اشترطه في العقد ففي جوازه قولان؛ فابن رزق يجيزه، ووافقه غيره، ومنهم من منعه، ونسب لابن القاسم في الدمياطية، ومنهم من قال هو للمبتاع اشترطه أم لا، وأما إن باعها من المكتري فقال ابن عبد الرحمن وأبو عمران هو جائز، وهو فسخ لما تقدم من الكراء في قول أبي بكر بن عبد الرحمن ولما بقي من المدة في قول أبي عمران.

ابن سهل: وجواب أبي عمران أميل إلى الصواب، وسئل الشارقي وابن دحون وابن الشقاق عن المكتري إذا ابتاعها بشرط أن الكراء عنه محطوط فأجابوا أن ذلك لا يجوز. ابن دحون: هذا إن كان إسقاطه مشترطا في العقد، وإن وضعه البائع بعد البيع جاز.

قال الشارقي: وأجازه ابن حزم وهو خطأ. يريد أنه ابتاع الدار والكراء [الذي[732]] عليه بالثمن الذي دفع فصار ذهبا وعرضا بذهب وهو بين الفساد. ابن سهل: [وجواب هؤلاء[733]] لا يدل على أن الكراء لا يفسخه الشرط. انظر تمامه. انتهى. وانظر الجواهر وكلام الوانوغي في جوابه. والله أعلم.

ص: وعدم التسمية لكل سنة ش: قال في التوضيح: يجوز ذلك كما يجوز أن يستأجر سنة بكذا وإن لم يعين لكل شهر شيئا، وكأن المقصود من شهور السنة بعضها كما أشار إليه في المدونة في دور مكة ويرجع إلى التقويم عند حصول مانع.

الحديث ....

---

[729] – في المطبوع اكترى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ومايابى68.

[730] – في المطبوع لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ويحيى194 ويم11 ومايابى68.

[731] – في المطبوع والمسا ثابتة وما بين المعقوفين من مايابى68 وسيد65.

[732] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى195 وم144 وسيد65 ومايابى69.

[733] – في المطبوع وجوابها ولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 408 ويحيى195 ويم12 ومايابى69.

نص خليل

وَالنَّقْضُ لِرَبِّهِ إذَا انْقَضَتْ وَعَلَى طَرْحِ مَيْتَةٍ وَالْقِصَاصِ وَالأدَبِ وَعَبْدٍ خَمْسَةَ عَشَرَ عَامًا.

متن الحطاب 409

تفريع: فإن شرطا الرجوع إن حصل مانع إلى القيمة دون التسمية جاز اتفاقا، وإن شرطا الرجوع للتسمية دون/ القيمة امتنع اتفاقا، وإن دخلا على [السكت[734]] فمذهب ابن القاسم وروايته في المدونة أن التسمية لغو، ويقضى بالقيمة وهو قول أصبغ وسحنون، ولمالك في العتبية أن الكراء فاسد. ذكر ذلك في البيان، وانظر ابن عرفة في ابتداء مدة السكنى. والله أعلم.

ص: **والنقض لربه** ش: انظر على من تكون أجرة نقضه، والظاهر أنها على [المبتاع.[735]] قال اللخمي: وإن أكرى أرضه لمن يتخذها مسجدا وضربا لذلك أجلا جاز، فإن انقضى الأجل كان له أن ينقض [من[736]] ذلك ما لا يصح بقاؤه للسكنى، ولا يوافق بناء الدور وما يصح بقاؤه إن لم يجعله حبسا كان لصاحب الأرض أن يأخذه بقيمته منقوضا، وإن حبسه فاختلف هل له أخذه؟ وأن ذلك له أحسن. انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام اللخمي هذا: قلت: قوله: "له نقض ما لا يصح للسكنى" تبع فيه التونسي قال: لأن رب الأرض لا يقدر أن ينتفع بها على صورة مسجد دارا. الصقلي عن بعض القرويين: إلا أن يلتزم إبقاءه مسجدا فيأخذه بقيمته منقوضا، ويلزمه إبقاؤه مسجدا.انتهى.

ص: **وعلى طرح ميتة** ش: قال في المدونة: ولا بأس بالاستئجار على طرح الميتة والدم والعذرة.انتهى. ونبه على هذا لئلا يتوهم أن هذه الأشياء لما كانت محرمة كان الأجر على ذلك محرما كالاستئجار على حمل الخمر؛ لأن المحرم الاستئجار على حمل الخمر للانتفاع بها، ولو استؤجر على طرحها وإراقتها جاز. قال أبو الحسن في الكبير: والفرق بينهما أنه في مسألة الخمر آجر نفسه على حمل الخمر للانتفاع بها وذلك حرام، وفي مسألة الميتة الإجارة على طرحها لا للانتفاع بها، ولو كانت الإجارة على الميتة للانتفاع بها لم يجز كالخمر. انتهى.

فرع: قال في المدونة: ولا يؤاجر على طرح الميتة بجلدها؛ إذ لا يجوز بيعه وإن دبغ.انتهى.

ص: **والقصاص والأدب** ش: قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: الإجارة على القتل والجراح جائزة إذا كان عن قصاص أو لحق الله تعالى، ولا يستأجر في ذلك إلا من يرى أنه يأتي الأمر على وجهه ولا يعبث في القتل ولا يجاوز في الجرح. انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس بالإجارة على قتل قصاص أو على ضرب عبدك وولدك للأدب، وأما لغير ما ينبغي من الأدب فلا يعجبني، وإن آجره على قتل رجل ظلما فلا أجر له.انتهى. أبو الحسن: قوله أو على ضرب ولدك أو عبدك قالوا ويصدق أنه فعل ما يوجب ذلك، فلو أقر في العبد أنه لم يفعل ما يوجب عليه الأدب، فهل يمكن من الضرب اليسير دون سبب أو لا؟ في ذلك اختلاف، ويصدق في الزوجة أنها فعلت ما يستوجب الضرب. انتهى. وانظر تمامها فيه. والله أعلم.

ص: **وعبد خمسة عشر عاما** ش: نحوه في المدونة، وفي سماع أشهب من الإجارة: سئل مالك عمن استأجر أجيرا خمسة عشر عاما؟ قال: هذا كثير لا يصلح، ولكن لا بأس أن يستأجر عاما وينقده

الحديث

....

734 - في المطبوع السكة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ويحيى195 ويم12 ومايابى69.

735 - في المطبوع البائع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ومايابى69.

736 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 409 ويحيى195 ويم12 ومايابى69.

نص خليل وَيَوْمٍ أَوْ خِيَاطَةِ ثَوْبٍ مَّثَلاً وَهَلْ تَفْسُدُ إِنْ جَمَعَهُمَا وَتَسَاوَيَا أَوْ مُطْلَقًا خِلَافٌ وَبَيْعُ دَارٍ لِتُقْبَضَ بَعْدَ عَامٍ وَأَرْضٍ لِعَشْرٍ وَاسْتِرْضَاعٌ.

متن الحطاب إجارته. ابن رشد: قوله: "وينقده إجارته" دليل على أنه إنما كره الخمسة عشر عاما مع النقد، وظاهر ما في الجعل والإجارة إجازة النقد في الخمسة عشر عاما خلاف قول غيره فيها. انتهى.اللخمي: الأمد في المستأجر يختلف باختلاف الأمن والخوف في تلك المدة، فأوسعها في الأجل الأرضون ثم الدور ثم العبيد ثم الدواب ثم الثياب فيجوز كراء الأرض ثلاثين سنة وأربعين بغير نقد إلا أن تكون مأمونة الشرب فيجوز مع النقد، ويجوز مثل ذلك في الدور إذا كانت/ جديدة مأمونة البناء، 410 وإن كانت قديمة فدون ذلك قدر ما يرى أنه يؤمن سلامتها في الغالب، واختلف في العبيد فأجاز في كتاب محمد العشرين سنة بالنقد، وفي المدونة: خمسة عشر سنة، ومنعه غير ابن القاسم في العشرين، وأرى أن ينظر في ذلك إلى سن العبد، وكذلك الحيوان يختلف في إجارتها باختلاف العادة في أعمارها، فالبغال أوسعها أجلا لأنها أطول أعمارا، والحمير دون ذلك، والإبل دون ذلك، والملابس في الأجل مثل ذلك، ويفترق الأجل في الحرير والكتان والصوف والقديم والجديد فيضرب من الأجل لكل واحد بقدره. انتهى.

فرع: قال في المدونة: والموصى له بخدمة عبد عشر سنين لا بأس أن [يكريه[737]] عشر سنين أبو الحسن: معناه ويجوز النقد فيه بشرط، وأما الموصى له بخدمة عبد حياته فلا يجوز أن يكريه عشر سنين. ابن يونس: يريد بالنقد، وأما إذا لم ينقد فجائز لأنه كلما عمل أخذ بحسابه. والله أعلم.

ص: ويوم أو خياطة ثوب مثلا وهل تفسد إن جمعهما وتساويا أو مطلقا خلاف ش: يعني أن المنفعة التي هي أحد أركان الإجارة إذا كانت صنعة يجوز أن تقيد بالزمن كخياطة يوم مثلا أو بمحل تلك الصنعة كخياطة ثوب مثلا، فإن جمع بينهما أي بين التقييد بالمحل والزمن فقال في البيان في شرح أول مسألة من كتاب الجعل والإجارة: فإن كان الأمر في ذلك مشكلا فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، وإن كان [لا إشكال[738]] في أن العمل يمكن تمامه قبل انقضاء الأجل، فقد قيل إن ذلك جائز والمشهور أن ذلك لا يجوز.انتهى. ونقله في التوضيح، وكذا قال اللخمي، إلا أنه اختار القول بإمضاء هذه العقدة. نقله عنه ابن عرفة، وقال ابن عبد السلام: الذي قاله من يرتضى من الشيوخ أن الزمن الذي قيدت به الإجارة إن كان أوسع من العمل بكثير فلا يختلف في الجواز، وإن كان أضيق بكثير فلا يختلف في المنع، وإن كان الزمن مساويا لمقدار العمل ففيه قولان. اختلف الشيوخ في تعيين المشهور [منهما.[739]] انتهى باختصار. فالضيق لا يجوز، والمساوي لا يجوز أيضا عند ابن رشد باتفاق، وعند ابن عبد السلام على أحد المشهورين، فجزم المصنف بالفساد فيه لقوة القول بالفساد؛ لحكاية ابن رشد الاتفاق، والواسع يجوز عند ابن عبد السلام باتفاق، ويمنع عند ابن رشد على

الحديث ....

---

737 *- في المطبوع يكتريه وما بين المعقوفين من م145 ويم13 ومايابى70 وسيد66 ويحيى185.

738 - في المطبوع الإشكال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 ويحيى195 ومايابى70.

739 - في المطبوع منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 410 ومايابى70.

نص خليل

والعرف في كغسل خِرْقَةٍ وَلِزَوْجِهَا فَسْخُهُ إن لَّمْ يَأْذَنْ كَأَهْلِ الطِّفْلِ إذَا حَمَلَتْ وَمَوْتِ إحْدَى الظِّئْرَيْنِ.

متن الحطاب 411

المشهور، وإلى اتفاق ابن عبد السلام هذا ومشهور ابن رشد أشار بالخلاف، والضيق لم يتعرض له لأنه واضح الفساد، ولأنه لما لم يحك مع التساوي قولا بالجواز علم أن الضيق أحرى منه، / فقوله: "وتساويا" مفهومه إن لم يتساويا يريد بأن كان أوسع فلا تفسد على القول الأول، ثم قال: أو مطلقا أي تفسد مطلقا، سواء كان مساويا أم واسعا خلاف. والله أعلم.

فرع: قال في شرح مسألة [في [740]] أول رسم [من [741]] سماع أشهب: فعلى القول بأن ذلك لا يجوز يكون للأجير إن فاتت الإجارة بالعمل أجرة مثله بالغة ما بلغت على تعجيلها أو تأخيرها، [وأما [742]] على القول بأن ذلك جائز، فإن فرغ منه في اليوم الذي سمى كانت له الإجارة المسماة، وإن لم يفرغ منه إلا بعد ذلك كانت له إجارته على غير التعجيل؛ لأن المستأجر إنما رضي [بما رضي [743]] به من الأجرة على التعجيل، فإذا [أخطأه [744]] ذلك لم ينبغ أن [يؤخد [745]] ماله باطلا. انتهى.

ص: والعرف في كغسل [خرقه [746]] ش: قال ابن غازي: أي وجاز اعتبار العرف أو واعتبر العرف.انتهى. قال في التوضيح عند قول ابن الحاجب: "ويحمل في الدهان وغسل الخرق وغيره على العرف، وقيل على الظئر قوله: "وغيره" أي كحميمه ودق ريحانه ونحو ذلك على العرف، فإن اقتضى أنه على الظئر فعليها، وإن اقتضى أنه على الأب فعليه، وهذا مذهب المدونة، ولم يصرح فيها بالحكم إذا لم يكن عرف، نعم نص ابن حبيب على أنه مع عدم العرف على الأب، وقوله: "وقيل على الظئر" أي مع عدم العرف؛ لأن العرف محل اتفاق، وهذا القول لابن عبد الحكم، وكلامه يوهم أن هذا القول يخالف مع ثبوت العرف. انتهى.

ص: ولزوجها فسخه إن لم يأذن ش: تصوره واضح، ونحوه في المدونة. قال فيها: وترضعه حيث اشترطوا، فإن لم يشترطوا موضعا فشأن الناس الرضاع عند الأبوين، إلا امرأة لا يرضع مثلها عند الناس، أو يكون الأب وضيعا لا يرضع مثلها عنده فذلك لها، وقال أبو الحسن: اللخمي: ورضاع الولد في بيتها إلا أن تكون العادة رضاعه عند أبويه؛ لأن من باع سلعة معينة لم يكن عليه نقلها إلى دار [المشتري [747]].

ص: كأهل الطفل إذا حملت ش: ولهم فسخ الإجارة إلا أن يخاف على الصبي الموت فيكون عليهم فسخ الإجارة وإن خيف عليه ضرر غير الموت فيكون لهم تركه ولكن على [الكراهة قاله [748]] أبو الحسن. وهذا -والله أعلم- إذا لم يتحقق الضرر.

فرع: قال في المدونة: ولا يلزمها أن تأتي بغيرها. أبو الحسن: ولا يلزم الأب ذلك إذا طلبته هي وإن تراضيا على ذلك، فإن كان نقدها الأجرة فلا يجوز لأنه فسخ دين في دين على أصل ابن القاسم، وإن لم ينقد جاز.انتهى. وكرر المصنف المسألة في آخر الباب في قوله: "وحمل ظئر أو مرض".

ص: وموت إحدى الظئرين ش: الظئر [بكسر الظاء [749]] المعجمة والهمزة المرضع، ويريد المصنف إذا استأجرهما جميعا أو استأجر الثانية بعد الأولى وعلمت بها. قال في المدونة: ومن آجر

الحديث

---

740 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من مايابى70 وم145 ويحيى196 وسيد66.
741 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م145 وسيد66 ويحيى196 ومايابى70.
742 – في المطبوع فأما وما بين المعقوفين من البيان ج8 ص447.
743 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج8 ص447.
744 – في المطبوع أعطاه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 ومايابى70 ويم13 ويحيى196 وسيد66 وم145.
745 – في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من البيان، ج8 ص447.
746 – في المطبوع خرقة وما بين المعقوفين من يحيى196 وسيد66 ومايابى70.
747 * – في م145 ويحيى186 ومايابى71 وسيد66 مشتريها.
748 * – في المطبوع الكراهة هذا قاله وما بين المعقوفين من م145 ويحيى196 ويحيى196 وسيد66.
749 – في المطبوع بالظاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 411 ويحيى196 ويم13 ومايابى71.

نص خليل وَمَوْتِ أَبِيهِ وَلَمْ تَقْبِضْ أَجْرَةً إِلاَّ أَنْ يَتَطَوَّعَ بِهَا مُتَطَوِّعٌ.

متن الحطاب ظئرين فماتت واحدة فللباقية أن لا ترضع وحدها، ومن آجر واحدة ثم آجر أخرى فماتت الثانية فالرضاع للأولى لازم كما كانت، وإن ماتت الأولى فعليه أن يأتي بمن ترضع مع الثانية. قال أبو الحسن: عبد الحق: هذا إن علمت حين الإجارة أن معها غيرها، وإن لم تعلم فلا كلام لها لأنها دخلت على أن ترضع وحدها، وكذلك ذكر حمديس.

فرع: قال في المدونة: وإذا مرضت الظئر مرضا لا تقدر معه على الرضاع فسخت الإجارة، ولو صحت في بقية منها أجبرت على الرضاع بقيتها، ولها من الأجر بقدر ما أرضعت، وليس [عليها[750]] أن ترضع ما مرضت. قال غيره إلا أن يكون الكراء انفسخ بينهما فلا تعود. قال ابن القاسم: وإن تمادى بها مرضها حتى مضى وقت الإجارة فلا تعود إلى رضاع. أبو الحسن: مفهوم كلامه ولو كان مرضا تقدر معه على الرضاع لم ينفسخ وإن كان يضر به وليس كذلك. قال اللخمي: تفسخ الإجارة بمرضها إن لم يرج برؤها عن قرب، فإن كان يرى أنه لا يذهب عن قرب،ثم تبين خلاف ذلك وذهب قريبا لم تنتقض الإجارة إن لم يكونا تفاسخا، ويختلف إن كانا تفاسخا هل ذلك حكم مضى، أو/ يرد لأنهما 412 أخطآ فيما ظنا؟ أبو الحسن: وإن كان يذهب عن قرب فلا تفسخ الإجارة، وظاهر قوله فيها: ولو صحت في بقية المدة أجبرت، سواء فسخت الإجارة أو لم تفسخ، فيكون قول الغير خلافا، وقد اختلف الشيوخ في ذلك هل هو خلاف أو تفسير؟ ويكون معنى قول ابن القاسم: "أجبرت" ما لم يتفاسخا. انتهى.

قلت: وهذا هو الظاهر، وسيذكر المصنف مسألة مرض المرضعة في آخر الباب.

فرع: قال أبو الحسن: اللخمي: إن تكفلت قبل الإجارة ووجب سجنها سجنت، ثم ينظر في فسخ الإجارة حسبما تقدم في مرضها، وإن تكفلت بعد الإجارة لم تسجن؛ لأن ذلك تطوع يمنع من قبض ما باعته. انتهى. وقد تقدم في باب الضمان نحو هذا وأوسع منه فانظره.

ص: **وموت أبيه ولم تقبض أجرة إلا أن يتطوع بها متطوع** ش: قال في المدونة: وإن مات الأب ولم يدع مالا ولم تأخذ الظئر من إجارتها شيئا فلها فسخ الإجارة، ولو تطوع رجل بأدائها لم تفسخ، وما وجب للظئر فيما مضى ففي مال الأب وذمته ولا طلب فيه على الصبي. انتهى. قال ابن يونس: ولو قبضت إجارتها ولم يدع الأب شيئا لم يكن للورثة أن يفسخوا الإجارة ويأخذوا منها حصة باقي المدة ولكن يتبعون الصبي بما ينوبهم من أجرة باقيها، وهذا استحسان وتوسط بين القولين. انتهى. وقال في المدونة قبل ذلك: وإن هلك الأب فحصة باقي المدة من الأجر في مال الولد قدمه الأب أو لم يقدمه، وترجع حصة باقي المدة من الأجرة إن قدمه الأب ميراثا وليس ذلك عطية وجبت؛ إذ لو مات الصبي لم تورث عنه وكانت للأب خاصة دون أمه ففارق معنى الضمان. انتهى. قاله في النكت، وهذا بخلاف ما إذا قدم الأب أجرة تعليم ولده ثم مات فإنها لا تكون ميراثا، والفرق بينهما أن التعليم لا يلزم الأب، فلما أوجبه على نفسه لزمه حيا وميتا، وأما أجرة الرضاع فهي واجبة على الأب فإنما قدم ما يلزمه، فإذا مات سقط ذلك، إلا أن يعلم أن الأب قدم ذلك للولد خوف الموت فيكون عطية

الحديث ....

---

[750] *- ساقطة من المطبوع ومايابى71 ويم13 وسيد66 وم145 ويحيى196 وما بين المعقوفين من ن عدود ص411 وهو الذي في التهذيب ج3 ص377.

نص خليل

وَكَظُهُورِ مُسْتَأْجَرٍ أوجِرَ بِأَكْلِهِ أَكُولاً وَمُنِعَ زَوْجٌ رَضِيَ مِنْ وَطْءٍ وَلَوْ لَمْ يَضُرَّ وَسَفَرٍ كَأَنْ تُرْضِعَ مَعَهُ وَلاَ يَسْتَتْبِعُ حَضَانَةً كَعَكْسِهِ وَبَيْعُهُ سِلْعَةً عَلَى أَنْ يَتَّجِرَ بِثَمَنِهَا سَنَةً إِنْ شَرَطَ الْخلفَ كَغَنَمٍ لَّمْ تُعَيَّنْ وَإِلاَّ فَلَهُ الْخلفُ عَلَى آجِرِهِ.

متن الحطاب

أوجبها في صحته فلا سبيل إلى أن تكون ميراثا، وتستوي إجارة الظئر وإجارة التعليم، وأعرف نحو هذا التفسير لابن المواز .انتهى.

ص: **وكظهور مستأجر استؤجر بأكله أكولا** ش: يعني أن الإجارة تنفسخ بذلك، ويريد إلا أن يرضى الأجير بطعام مثله، وليس للأجير أن يجبره على ذلك لئلا يُضِرَّ بهِ. بعض الأصحاب: ويحتمل أن يعطيه طعاما وسطا كمن استؤجر على حمل رجلين لم يرهما فأتي بهما عظيمين فلا يلزمه حملهما ويأتي بالوسط، وفيه نظر؛ لأن المحمول لا يتعين فلذلك لزم فيه الوسط. قاله في كتاب النفقات من التوضيح. والله أعلم.

ص: **ومنع زوج رضي من وطء ولو لم يضر** ش: فإن تعدى ووطىء فلأبي الرضيع فسخ الإجارة لما يتقى من/ الضرر. قاله مالك وابن القاسم، وخالفهما ابن الماجشون ولم يفسخه. من الوثائق. انتهى من المسائل الملقوطة. وأظن أن مراده وثائق الجزيري أو الوثائق المجموعة. والله أعلم.

413

ص: **وسفر** ش: قال أبو الحسن: قال ابن عبد الحكم: إذا أراد الزوج السفر بها فإن أجرت بإذنه لم يكن له ذلك، وإن كان بغير إذنه كان له فسخ الإجارة. [اهـ.[751]]

فرع: قال في المدونة: وإن سافر الأبوان فليس لهما أخذ الصبي إلا أن يدفعا إلى الظئر جميع الأجرة. أبو الحسن عن ابن يونس: كل ما صنعت الظئر أو والد الصبي مما تنفسخ به الإجارة فليس له ذلك إلا بالطوع من الآخر، وكل ما نزل بهما من أمر من الله مما لا صنع لهما فيه فهذا يفسخ الإجارة وإن كره الآخر.

فرع: قال المشذالي: نزلت هذه المسألة [امرأة[752]] آجرت نفسها بغير إذن زوجها، ولم يعلم إلا بعد مدة فتنازعت معه لمن يكون ما أخذت في أجرة رضاعها فوقع الحكم بأن ما مضى من المدة لها بحسابه، وله فسخ الإجارة فيما يستقبل، ولا حجة للزوج بأنه ملك منافعها فباعتها بغير إذنه لأنه ليس له عليها إلا منافع الأشياء الباطنة. انتهى.

ص: **وبيعه سلعة على أن يتجر بثمنها سنة** ش: قال الشارح: أي وهكذا يجوز أن يبيع له سلعة على أن يبيع تلك السلعة ويتجر بثمنها سنة. انتهى.

قلت: قوله على أن يبيع تلك السلعة ليس هو من تمام صورة المسألة، بل هو مفسد للعقد إن وقع كذلك، وصورة المسألة التي أشار إليها المصنف هي أن يبيع له سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كما ستقف عليه في كلام المدونة في القولة التي بعد هذه. والله أعلم.

ص: **كغنم لم تعين وإلا فله الخلف على آجره** ش: كذا في كثير من النسخ بلم قبل الفعل المضارع

الحديث

....

[751] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 413 ويحيى197 ويم14 ومايابى71.

[752] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم14.

نص خليل ....

متن الحطاب 414 المبني للمفعول، وهي/ مشكلة؛ [لاقتضائها[753]] أن الغنم إذا لم تعين لا تجوز الإجارة عليها إلا بشرط الخلف، وليس كذلك، ويصير قوله: "وإلا فله الخلف" لا معنى له؛ لأنه إن حمل على أن المعنى وإن عينت فله الخلف ويريد مع عدم الشرط فليس بصحيح؛ لأن العقد فاسد إذا لم يشترط الخلف في المعينة، وإن أريد مع الشرط فيكون مستغنى عنه، وقد تكلف البساطي رحمه الله في توجيه ذلك فقال: التشبيه وقع بين الغنم إذا لم تعين وبين التجر بثمن السلعة سنة مع شرط الخلف في أن على المالك الخلف لا في صحة الإجارة بالشرط وعدم صحتها مع عدمه؛ يعني أن الغنم إذا لم تعين صحت الإجارة عليها وإن لم يشترط الخلف، والحكم أنه يقضى عليه بالخلف، بخلاف المعينة فإنها لا تصح إلا بشرط الخلف. فافهمه فإنه كاللغز، ويحتمل أن يكون التشبيه في الجواز؛ أي يجوز كذا كما يجوز الاستئجار على رعي غنم لم تعين، وذكر لفظ المدونة الآتي.قال: وقوله: "وإلا فله الخلف" معناه على الأول أنه يقضى عليه بالخلف في غير المعينة، وإن عينت [أي[754]] مع الشرط فله أن يأتي بالخلف، أو يدفع جميع الأجرة، ومعناه على الثاني أن الاستئجار على الغنم المعينة لا يجوز؛ يعني إلا بشرط الخلف وهو على أجره الأول. انتهى. وهو في غاية التكلف بعيد الملاءمة لكلام المصنف. وفي بعض النسخ المصححة: كغنم عينت بالفعل الماضي المبني للمفعول، وإلا فله الخلف على آجره، وهذه لا إشكال فيها، ومعناها أن الغنم إذاكانت معينة فإنه تجوز الإجارة على رعيها إذا شرط الخلف، وإن لم تكن معينة فلا يحتاج إلى شرط، وله الخلف على آجره؛ يريد أو يدفع له الأجرة كاملة. قال في [أول كتاب[755]] الإجارة من المدونة:

[قال مالك:[756]] ومن باع من رجل سلعة بثمن على أن يتجر له بثمنها سنة كان كمن آجره على أن يتجر له بهذه المائة سنة أو يرعى له غنما بعينها سنة، فإن شرط في العقد خلف ما هلك أو تلف جاز، وإلا لم يجز، فإن شرط ذلك فهلك من ذلك شيء فأبى ربه من خلفه قيل له أد الإجارة واذهب بسلام، وتكون له أجرته تامة، ولو آجره على رعاية مائة شاة غير معينة جاز، وإن لم يشترط خلف ما مات منها، وله خلف ما مات منها بالقضاء، فإن كانت معينة فلا بد من الشرط. انتهى. وكلام المصنف كما ترى مطابق لهذا على النسخة الثانية، وقوله: "على آجره" أتى به لزيادة البيان، وإلا فمعلوم أن الذي له الخلف إنما هو الآجر؛ أعني رب الغنم. والله أعلم. وبقية الكلام على شروط المسألة وتفريعاتها مبسوط في [شروح[757]] المدونة، وذكروا من جملة شروط المسألة أن لا يشترط عليه أن يتجر بالربح، بخلاف أولاد الغنم يجوز أن يشترط عليه أن يرعى أولادها؛ قالوا لأن الربح مجهول وما تلده الغنم معروف، والذي يظهر أنه غير معروف لاحتمال ولادتها واحدا أو أكثر، إلا أنه أقل غررا من الثمن. فتأمله.

الحديث ....

[753] *- في المطبوع لاقتضائه وما بين المعقوفين من سيد66.
[754] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى197 ويم14 ومايابى72.
[755] - في المطبوع كتاب أوائل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى197 ويم14 ومايابى73.
[756] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 414 ويحيى197 ويم14 ومايابى73.
[757] - في المطبوع شرح وما بين المعقوفين من مايابى73.

نص خليل

كَرَاكِبٍ وَحَافَتَيْ نَهْرِكَ لِيَبْنِيَ بَيْتًا وَطَرِيقٍ فِي دَارٍ وَمَسِيلِ مَصَبِّ مِرْحَاضٍ لاَ مِيزَابٍ إلاَّ لِمَنْزِلِكَ فِي أَرْضِهِ وَكِرَاءُ رَحَى مَاءٍ بِطَعَامٍ أَوْ غَيْرِهِ وَعَلَى تَعْلِيمِ قُرْآنٍ مُشَاهَرَةً أَوْ عَلَى الْحِذَاقِ وَأَخْذَهَا وَإِن لَّمْ تُشْتَرَطْ وَإِجَارَةَ مَاعُونٍ كَصَحْفَةٍ وَقِدْرٍ وَعَلَى حَفْرِ بِئْرٍ إجَارَةً وَجِعَالَةً وَيُكْرَهُ حَلْيٌ.

متن الحطاب

ص: **كراكب** ش: يعني أن الراكب إذا تعذر ركوبه فإنه لا ينفسخ الكراء، ويلزمه أو ورثته إن مات أن يأتوا بالخلف، أو يدفعوا جميع الأجرة، فإنه لا يتعين بالتعيين. والله أعلم.

ص: **وطريق في دار** ش: إذا كان يصل بذلك إلى منفعة. أبو الحسن عن أشهب: وإلا فهو أكل المال بالباطل.

ص: **أو مسيل مصب مرحاض** ش: قال في المحكم: المرحاض المغتسل، ومنه قيل لموضع الخلاء مرحاض.

415 / ص: **وكراء رحا ماء بطعام** ش: نحوه في الإجارة من المدونة- قالوا نبه عليه لكون الطحن بالماء فربما يتوهم في الماء أنه لا يباع بطعام، أو أن الرحا لما كانت متشبثة بالأرض فيكون من كراء الأرض بالطعام. المشذالي: ونحوه كراء المعصرة بالزيت والملاحة بالملح. والله أعلم.

ص: **أو على الحذاق** ش: بالذال المعجمة كذا في الصحاح وغيره. وقال الشيخ زروق: الحداق بكسر الحاء والدال المهملتين. انتهى. وفيه نظر، فإني لم أره لغيره.

ص: **وعلى حفر بئر إجارة وجعالة** ش: ويجوز الجعل، سواء كانت في ملك الجاعل أم لا عند ابن القاسم، خلافا لابن المواز. ذكره الشيخ خليل في باب الجعل في شرح قول ابن الحاجب: "وفي جوازه في الشيء الكثير قولان". وانظر الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "ولا يضرب في الجعل أجل في رد آبق" فإنه اقتصر على قول ابن المواز، ونقل ابن عرفة في آخر كتاب الجعل عن المتيطي أن الجم الغفير على هذا القول؛ أعني قول ابن المواز، وقال قبله بنحو الورقتين إن الجعل على الحفر لا يكون فيما يملكه الجاعل على المشهور. ذكره إثر الكلام الآتي ذكره فراجعه. والله أعلم. وذكر شرطين آخرين: أحدهما اختبار الأرض في لينها وقساوتها، والثاني استواء الجاعل والمجعول له في العلم بها والجهل، وهذان الشرطان متدافعان كما يظهر؛ لأن الأول يقتضي أن من شرط الجعل العلم بحال الأرض، والثاني يقتضي أن شرط الجعل استواء الجاعل والمجعول له في العلم بها أو الجهل، ويفهم من كلام ابن عبد السلام أن الأول اشترطه في المدونة، والثاني اشترطه في العتبية فهما قولان. قال ابن عرفة في باب الجعل: ابن الحاجب: العمل كعمل الإجارة إلا أنه لا يشترط كونه معلوما، فإن مسافة الآبق والضالة غير معلومة. ابن عبد السلام: كلامه يوهم العموم في كل أنواع [عمل[758]] الجعالة، وليس كذلك مذهب المدونة لا يجوز الجعل في حفر البئر إلا بعد خبرتهما الأرض معا، وشرط في العتبية استواء حال الجاعل والمجعول له في العلم بحال الأرض.

قلت: عزوه للمدونة شرط الخبرة لا أعرفه في الجعل نصا ولا ظاهرا، بل بلزوم يأتي محله إنما ذكره في الإجارة، ولعله اعتمد في ذلك على ظاهر لفظ الصقلي، قال ما نصه: قال مالك: لا بأس بالإجارة على

الحديث

.....

[758] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 415 ويحيى197 ويم15 ومايابى73.

نص خليل كَإِيجَارِ مُسْتَأْجِرٍ دَابَّةٍ أَوْ ثَوْبٍ لِمِثْلِهِ.

متن الحطاب 416 حفر بئر بموضع كذا/ وقد خبرا الأرض، وإن لم يخبراها لم يجز. قال يحيى بن يحيى عن ابن القاسم: إن عرفا الأرض بلين أو شدة أو جهلاها معا جاز، وإن علم ذلك أحدهما وجهله الآخر لم يجز الجعل فيه. انتهى. وهذا كالنص في حمل مسألة المدونة على الجعل لذكره عليها نقل يحيى عن ابن القاسم في الجعل.

قلت: لفظها في الأم: قلت: إن استأجرت من يحفر لي بئرا بموضع من المواضع قال إن خبروا الأرض فلا بأس، وإن لم يخبروها فلا خير فيه. كذا سمعت مالكا، وسمعته في الإجارة على حفر فقر النخل يحفرها إلى أن يبلغ الماء إن عرفا الأرض فلا بأس، وإن لم يعرفاها فلا أحبه.

قلت: فلفظ الإجارة مع ذكر فقر النخل كالنص في عدم الجعل؛ لأن حفر فقر النخل إنما يكون في الأرض المملوكة دائما أو غالبا، والجعل على الحفر على المشهور لا يكون فيما يملكه الجاعل، وتقدم نقل الشيخ عن محمد عن ابن القاسم إن كانت الأرض لمستأجر لم يجز فيها جعل على بناء أو حفر، وما نسبه لابن الحاجب من إيهام العموم مثله لفظ المقدمات والتلقين. اهـ كلام ابن عرفة بلفظه.

ص: [كإيجار مستأجر[759]] دابة أو [ثوب[760]] لمثله ش: كذا في بعض النسخ، وهي بينة موافقة لما في الإجارة من المدونة، وفي بعض النسخ كإيجار مستأجر دابة أو لِفظ لمثله بأو العاطفة ولفظ بلام الجر [والفظ[761]] من الفظاظة، وهي عبارة [قلقة،[762]] ولعله وقع فيها تقديم أو على لِفظٍ غلطا من الناسخ، ويكون أصلها لِفَظٍ أو لمثله، ويكون المعنى أنه يكره أن يؤجرها لفظ أو لمثله، ويكون المؤلف في عهدة أن إجارتها لِفَظ مكروه، فإن الذي ذكره في كتاب الإجارة من المدونة أنه كره إجارتها لمثله أو أخف منه، وأما من هو أفظ منه أو ليس مثله في الأمانة فقد صرح اللخمي بأنه يكون متعديا، وظاهره المنع، ونص على المنع أبو الحسن الصغير، وصرح به في العتيبة عن أصبغ في سماع عيسى من كتاب الإجارة، فلو قال المصنف لمثله أو أخف كان جاريا على لفظ المدونة، ولمالك في كراء الرواحل إجازة كراء الدابة لمثله أو أخف.

تنبيه: ما ذكره من الكراهة إنما هو إذا اكتراها للركوب. قال في الإجارة منها: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه [كراءها[763]] من غيره، كان مثله أو أخف منه، فإن أكراها لم أفسخه، وإن تلفت لم يضمن إن كان أكراها فيما اكتراها فيه من مثله في حاله وأمانته وخفته، ولو بدا له عن السفر أو مات أكريت من مثله، وكذلك الثياب في الحياة والممات، وليس ككراء الحمولة والسفينة والدار هذا له أن يكري ذلك من مثله في مثل ما اكتراها له. أبو الحسن عن ابن يونس: يعني من غير كراهة. انتهى. وقيد اللخمي جواز كرائها إذا كانت مكتراة للحمل بأن يصحبها ربها في السفر، وأما إن كان المكتري هو الذي يسافر بها فهي بمنزلة التي للركوب، وكذلك ذكر ابن يونس عن ابن حبيب وقبله، وزاد ابن حبيب: إلا أن يكون ربها يعلم أن المكتري لا يسوقها بنفسه فلا حجة له، وذكر اللخمي أنه إذا

الحديث

---

759 – في المطبوع بعض وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ويحيى198 ويم15 ومايابى74.

760 – في المطبوع ثوبا وما بين المعقوفين من مايابى74 ويم15.

761 – في المطبوع ولفظ وما بين المعقوفين من مايابى74 ويم15.

762 – في المطبوع ويم15 ومايابى74 غلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ويحيى198.

763 – في المطبوع كراؤها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 416 ومايابى74.

نص خليل ....

متن الحطاب أراد كراءها من غيره وكان اكتراها للركوب أو للحمل لم يكن له ذلك حتى يعلم صاحبها، فإن أعلمه وسلم أن الثاني كالأول أكراها وإن كره، وإن خالف في ذلك رفع للحاكم، فإن كان الأمر على ما قال صاحب الدابة منعه، وإن كان لا مضرة عليه أمضى كراءه ومكن الثاني، فإن لم يعلم صاحبها حتى سافر الثاني، أو علم وغلبه نظر في ذلك، فإن كان الأمر لو رفع للحاكم مكنه من السفر لم يكن عليه شيء، وإن كان يمنعه من السفر كان على حكم المتعدي، فإن سلمت أخذه بفضل كراء الثاني عن الأول، وإن حدث عيب ضمنه إن كان العيب لأجل ركوبه، وإذا كان متعديا في كرائها من الثاني فإن كان غير مأمون فادعى ضياعها ضمن الأول لأنه متعد، ولم يرجع على الثاني؛ لأنه أذن له، ولو كان الأول عديما إلا أن يكون الثاني عالما بتعديه ضمن لأنه متعد، واختلف إن حدث عيب من غير سبب الركوب هل/ يضمنه الأول، أو لا يضمنه؟ وكذلك إذا علم الضياع ببينة أو أكراها من مثله في الأمانة وأضر منه في الركوب وادعى الضياع هل يضمن أم لا؛ لأنه غير الوجه الذي تعدى به؟ ولا أرى أن يضمن الأول، إلا أن يؤتى من سبب الوجه الذي تعدى به.انتهى من كراء الرواحل. وعلم منه أنه إذا أعلم صاحبها عند كرائها من غيره لم يكره، وأن كراءه إياها لمن ليس مثله ممنوع لأنه جعله متعديا. والله تعالى أعلم. 417

وقال في العمدة: ويجب تعيين المركوب لا الراكب، وله استيفاء المنفعة بنفسه أو بمثله خفة وحذقا بالمسير. ثم قال: ومن اكترى دارا فله أن يسكنها أو يسكنها أو يؤجرها من مؤجرها أو أجنبي مثل [الأجْر[764]] أو أقل أو أكثر.انتهى. وله نحوه في الإرشاد. قال الشيخ سليمان في شرح الإرشاد: قال في العمدة: ثم إن محل استيفاء المنفعة لا يتعين. وإن عين، بل للمستأجر أن يستوفي المنفعة بنفسه وبغيره، وله أن يؤجر مؤجره وغيره بمثل الإجارة وبالأقل والأكثر. قال في شرحه: معناه إذا استأجر الرجل دارا ليسكنها أو دابة ليركبها ونحو ذلك لم يتعين عليه أن يسكنها أو يركبها هو بنفسه، ولو عين نفسه للسكنى أو للركوب، بل له أن يسكنها أو يكريها لمن شاء ممن هو في رفقه في السكنى وفي خفته في الركوب وحذقه في المسير، وذلك لأنه قد ملك المنفعة بالعقد، فله أن يملكها لمن شاء كسائر أملاكه، ولهذا يكون له إجارة ما استأجره ممن شاء بما شاء. هذا وقد قال في المدونة: وكره مالك لمكتري الدابة لركوبه كراءها لغيره وإن كان أخف منه أو مثله، وإن أكراها لم أفسخه، وعلى هذا اقتصر خليل في مختصره. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولا يتعين الراكب، ولو عين لم يلزم تعيينه، وجعل مثله فأدنى، واستثقله مالك في الدابة خاصة إلا أن يموت أو يبدو له.انتهى.

فرع: لو شرط رب الدابة على المكتري أنه لا يكريها لغيره فكنت كتبت أولا بأني لم أر الآن [فيها[765]] نصا صريحا، والظاهر أنه يجوز له أن يكريها لمثله أو أخف، ويبطل الشرط لما تقدم في كلام ابن الحاجب وصاحب العمدة أن ما يستوفى به لا يتعين ولو عين، وقال في كتاب الدور من المدونة: ومن اكترى دارا فله أن يكريها من مثله بأكثر من الكراء أو بأقل، ومن اكترى حانوتا للقصارة فله كراؤه من حداد أو طحان أو غيره، إلا أن يكون ذلك أكثر ضررا بالبنيان فيمنع، وله ذلك في

الحديث ....

[764] – في المطبوع الآجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 417 ومايابى75.

[765] *– في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من م147 ويم16 ومايابى75 وسيد67 ويحيى188.

نص خليل وَتَعْلِيمِ فِقْهٍ وَفَرَائِضَ كَبَيْعِ كُتُبِهِ وَقِرَاءَة بِلَحْنٍ وَكِرَاء دُفٍّ.

متن الحطاب المساوي. ثم قال: ومن اكترى بيتا وشرط أن لا يسكن معه [أحد[766]] فتزوج أو ابتاع رقيقا، فإن لم يكن في سكناهم ضرر على رب البيت لم يكن له أن يمنعه، وإن كان في سكناهم ضرر فله منعه، وقد تكون غرفة ضعيفة الخشب ونحوه فينظر في ذلك.انتهى. وقال في الوثائق المجموعة: وإن اكترى غرفة فشرط عليه ربها أن لا يسكن معه غيره فيها لضعف خشب الغرفة وما أشبهه فله شرطه. انتهى. فإن كان إذا شرط أن لا يسكن معه غيره لا يوفى له بذلك إذا لم يكن فيه ضرر فمن باب أولى أن لا يوفى له إذا أراد أن يسكن من هو مثله. فتأمله. ثم رأيت النص فيه نقله الشارح عن ابن يونس في شرح قوله: "وشهر على [إن سكن[767]] يوما لزم إن ملك البقية" في أول فصل جاز كراء حمام، ونصه: ابن يونس عن بعض القرويين: ظاهره أن العقد جائز، وأنه بالخيار ما لم يسكن، فإذا سكن انعقد الكراء في الشهر، فإن أراد إن سكنت فالكراء لي لازم، وليس لي أن أكري من غيري كان هذا من بيع الشروط التي يبيع منه على أن لا يبيع ولا يهب؛ فهذا لو أسقطوا الشرط على أحد القولين تم الكراء، وأما إن شرط إن خرجت عاد المسكن للمكري وعليه جملة الكراء فهذا فاسد لا بد من فسخه لأنه غرر. انتهى.

فرع: قال في المدونة في مسألة كراء الثوب: فإن هلك بيدك لم تضمنه، وإن دفعته إلى غيرك كنت ضامنا إن تلف، أبو الحسن: ظاهره ولو كان مثله، وقال سحنون لا يضمن إذا كان مثله، ومسألة من اكترى فسطاطا إلى مكة فأكراه من مثله في مثل/ حاجته إليه هي الأصل، وقال ابن القاسم فيها ذلك جائز. قال في التوضيح: وفي استدلال سحنون نظر؛ لأن الاختلاف في اللبس أكثر من الاختلاف في الفسطاط. 418

ص: **وتعليم فقه وفرائض** ش: أي وتكره الإجارة على تعليم فقه وفرائض، ونحوه في المدونة. اللخمي: ويجوز للمفتي أن يكون له [جار[768]] من بيت المال ولا يأخذ أجرا ممن يفتيه، وقد تقدم ذلك، ونقله ابن عرفة وقال: قلت: في الأجر على الشهادة خلاف، وكذلك في الرواية، وكذلك من يشغله ذلك عن جل تكسبه فأخذه الأجرة من غير بيت المال لتعذرها منه عندي خفيف، وهو محمل ما سمعته من غير واحد عن بعض شيوخ شيوخنا؛ وهو الشيخ أبو علي بن علوان أنه كان يأخذ الأجر الخفيف في بعض فتاويه. انتهى. وفي باب الأقضية شيء منه.

ص: **وقراءة بلحن** ش: حمله الشيخ بهرام على أن مراده ذكر كراهية [قراءة[769]] القرآن بالألحان؛ لأنه الذي ذكره هنا في المدونة، إلا أنه يصير تكرارا مع قوله في فصل سجود [التلاوة:[770]] "وقراءة [بتلحين"[771]] وحمله البساطي على أن مراده ذكر كراهة الإجارة على تعليم القرآن بالألحان. قال: لأنه الآن ليس في عد المكروهات من غير هذا الباب، وهذا الثاني هو الأنسب بسياق كلام المؤلف، وكأن الحامل للشارح على حمله على الأول أنه لم يصرح في المدونة بكراهة الإجارة عليها، وهو إن كان كذلك قد يؤخذ من كونه مكروها أن تكون الإجارة عليه مكروهة،

الحديث ....

---

766 – في المطبوع أحدا وما بين المعقوفين من م147 وسيد67 ويحيى.
767 – في المطبوع أن يسكن وما بين المعقوفين من م147.
768 – في المطبوع رزق جار وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايابى75.
769 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ويحيى199 ويم16 ومايابى75.
770 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايابى76.
771 – في المطبوع تلحين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ومايابى76.

نص خليل

وَمِعْزَفٍ لِعُرْسٍ وَكِرَاءُ كَعَبْدٍ كَافِرٍ.

متن الحطاب

والكلام في كون الكراهة في كلام مالك على بابها أو على المنع تقدم في سجود التلاوة، واللحن بسكون الحاء ذكره البساطي وغيره.

فرع: قال في المدونة: وأكره الإجارة على تعليم الشعر والنوح أو على كتابة ذلك أو إجارة كتب فيها ذلك أو بيعها. عياض: معناه نوح المتصوفة وأناشيدهم المسمى بالتغني على طريق النوح والبكاء، ورواه بعضهم نحوا وهو غلط وخطأ. انتهى.

فرع: قال القرطبي في [أوائل شرح[772]] مسلم: واعلم أن أخذ الأجرة والجعل على ادعاء علم الغيب أو ظنه لا يجوز [بالإجماع[773]] على ما حكاه أبو عمر بن عبد البر. انتهى.

ص: ومعزف ش: بكسر الميم. عياض: المعازف عيدان الغناء.

ص: وكراء عبد لكافر ش: كذا في بعض النسخ بإضافة كراء لعبد واحد العبيد وجر كافر باللام، وفي بعضها وكراء لعيد كافر بإدخال اللام على عيد واحد الأعياد وإضافته لكافر، وكلاهما واضح، وفي بعضها وكراء كعبد كافر بإدخال كاف التشبيه على عبد واحد العبيد وتجريد كافر من اللام، والظاهر أنها ترجع للنسخة الأولى، ويكون كراء مضافا إلى [كافر[774]] على أنه فاعله، وفصل بينهما بكعبد فيكون كافر مجرورا، أو يكون كراء مضافا إلى كعبد على عادة المصنف في الإضافة إلى المجرور بكاف التشبيه، وكافر مرفوع على أنه فاعل كراء، وما ذكره الشيخ رحمه الله من أن إجارة العبد المسلم للكافر مكروهة فإنما ذلك إذا لم يغب عليه، وأما إن كان يغيب عليه في بيته فلا يجوز لما في ذلك من المفاسد منها استيلاء الكافر على/ المسلمين وإهانتهم، والتمكن من إذايتهم، وقد قال الله تعالى: ﴿ ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ﴾ ومنها ما يخشى [من[775]] أنهم يفتنونهم عن دينهم والعياذ بالله لتمكنهم منهم، ومنها [أنهم[776]] ربما أطعموهم شيئا من المحرمات كالخمر والخنزير، ومنها أنهم يمنعونهم من الواجبات، ومنها ما يخشى من وطء الإماء، فإن وقعت الإجارة على الصفة المذكورة فسخت، وقد ذكر ابن رشد في البيان أن إجارة المسلم نفسه من النصراني واليهودي على أربعة أقسام: جائزة ومكروهة ومحظورة وحرام؛ [فالجائزة[777]] [أن[778]] يعمل له المسلم عملا في بيت نفسه كالصانع الذي يعمل للناس، والمكروهة أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده؛ مثل أن يكون مقارضا أو مساقيا، والمحظورة أن يؤاجر نفسه في عمل يكون فيه تحت يده كأجير الخدمة في بيته وإجارة المرأة لترضع له ابنته في بيته وما أشبه ذلك فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت وكانت لها الأجرة، والحرام أن يؤاجر نفسه منه فيما لا يحل من عمل الخمر أو رعي الخنازير فهذا يفسخ قبل العمل، فإن فات تصدق بالأجرة على المساكين، فإذا كان هذا في إجارة الحر نفسه فكيف

419

الحديث

---

[772] *- في المطبوع شرح أوائل وما بين المعقوفين من يحيى189 ويم17 ومايابى76 وسيد67.

[773] *- في المطبوع للإجماع وما بين المعقوفين من سيد67 ويم17 ومايابى76.

[774] – في المطبوع عبد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 418 ويحيى199 ويم17 ومايابى76.

[775] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى وسيد67 ومايابى76.

[776] – ساقطة من المطبوع وسيد67 ومايابى76 وقد وردت في يحيى189.

[777] – في المطبوع فالجائز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 419 ويحيى199 ويم17 ومايابى76.

[778] – في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن ذي ص419 ويحيى189 وسيد67 ويم17 ومايابى76.

نص خليل وَبِنَاءُ مَسْجِدٍ لِلْكِرَاءِ.

متن الحطاب في إجارة العبد؟ فلا شك أن إجارة العبد المسلم للكافر إذا كان يغيب عليه في بيته لا [تجوز[779]] ويفسخ، ويؤدب المستأجر والمؤجر أدبا يليق بحالهما. والله أعلم.

ص: وبناء مسجد للكراء ش: قال في التهذيب: ولا يصلح أن يبني مسجدا ليكريه ممن يصلي فيه، أو يكري بيته ممن يصلي فيه، وأجاز [ذلك غيره[780]] في البيت. انتهى. وقال ابن يونس: ولا يجوز لأحد أن يبني مسجدا ليكريه ممن يصلي فيه. ثم قال: قال ابن القاسم: ومن آجر بيته لقوم ليصلوا فيه رمضان لم يعجبني ذلك كمن أكرى المسجد، وقال غيره لا بأس بذلك في كراء البيت. انتهى. ونقل ابن عرفة لفظ التهذيب مع زيادة، ونصه: وفيها ولا يصلح أن يبني مسجدا ليكريه ممن يصلي فيه ولا بيته، وإجارتهما لذلك غير جائزة، وأجازه غيره في البيت. عياض: لأن ذلك ليس من مكارم الأخلاق. اللخمي: من بنى مسجدا ليكريه جاز.

قلت: اقتصاره على هذا دون ذكر قولها إنه لا يجوز غير صواب، وإن وافق مفهوم نقل الصقلي عن سحنون إنما لم يجز كراء المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى، والبيت ليس مثله وكراؤه جائز. اللخمي: إن أكرى بيته أو داره ممن يصلي فيهما في أوقات الصلوات فقط كره لأنه ليس من مكارم الأخلاق، فإن نزل مضى، وإن أخلى البيت وسلمه جاز. قال ابن عرفة: قلت: هذا يخالف قوله: "من بنى مسجدا ليكريه جاز" إلا أن يريد ليكريه في غير الصلاة وهو بعيد. انتهى.

قال في التنبيهات: قوله في الرجل يبني مسجدا ليكريه ممن يصلي فيه جاز وكراهيته له في رواية ابن القاسم، وكذلك الذي آجر بيته من قوم ليصلوا فيه فلا يعجبني وهو كمن أكرى المسجد، وقول غيره في البيت لا بأس باستئجاره يصلى فيه وإجازته كراء الدار على أن تتخذ مسجدا بين هذه المسائل فرق، وأما الذي بنى مسجدا فأكراه فلو أباحه للمسلمين لكان حبسا لا حكم فيه له ولا لأحد فيه وإن كان لم يبحه وإنما فعل ذلك [لِيُكريَه فهذا ليس[781]] من مكارم الأخلاق، وهو معنى قوله –والله أعلم– "في كراء المسجد لا يصلح، وفي كراء البيت لا يعجبني"، وأنه يجوز له فعله كما أجاز إجارة المصحف، لكنه ليس من مكارم الأخلاق وأفعال أهل الدين، وهذا معنى منع محمد عندي لإجارة المصحف. انتهى.

وقال أبو الحسن في الكبير: وانظر قوله: "لا يصلح" هل هو على الكراهة أو على المنع؟ فعلى ما نقل ابن يونس عن سحنون هو على المنع؛ لأنه قال: إنما لم يجز في المسجد لأنه حبس لا يباع ولا يكرى. وعلى ما تقدم لعياض هو على الكراهة لأنه قال: ليس هو من مكارم الأخلاق. انتهى. يشير إلى ما تقدم عن التنبيهات، ولم [تثبت[782]] عنده زيادة ابن عرفة، وثبتت عند ابن ناجي فقال: قوله: "لا يصلح" على التحريم لزيادته فيها وإجارتهما/ لذلك غير جائزة. انتهى. وعلى كل حال فأكثر عبارات أهل المذهب عدم الجواز لا الكراهة كما قال المصنف، وقال أبو الحسن في التقييد الصغير إثر قوله في التهذيب: وأجاز ذلك غيره في البيت. الشيخ: وأجاز هو وغيره أن يكري الأرض ممن يتخذها مسجدا عشر سنين فالمسجد في طرف والأرض لتتخذ مسجدا في طرف والبيت بينهما واسطة. انتهى. وحكى

420

الحديث ....

779 – في المطبوع يجوز وما بين المعقوفين من يحيى189.

780 *– في المطبوع ذلك في غيره وما بين المعقوفين من يحيى189 وسيد67 ويم17 ومايابى76 وم148.

781 *– في المطبوع ليتكريه فليس وما بين المعقوفين من يحيى190 وسيد67 وم148 ومايابى77.

782 – في المطبوع يثبت وما بين المعقوفين من مايابى77 وسيد67.

نص خليل

وَسُكْنَى فَوْقَهُ.

متن الحطاب

الأصحاب في التوفيق بين ابن القاسم والغير في البيت وجهين؛ أحدهما أن الغير تكلم بعد الوقوع وابن القاسم قبل الوقوع. الثاني أن قول ابن القاسم فيما إذا كان يكريه منهم في أوقات الصلاة فقط ويرجع إليه في غيرها، وقول الغير فيما إذا كان يكريه منهم لينتفعوا به مدة كرائه للصلاة وغيرها وفيما شاؤا مما هو من جنس الصلاة. انظر أبا الحسن واللخمي. والله أعلم.

ص: وسكنى فوقه ش: هذا الكلام موافق لظاهر ما في الجعل والإجارة من المدونة، ولظاهر كلام ابن يونس، ومخالف لظاهر ما يأتي للمصنف في إحياء الموات ولظاهر كلام ابن شاس هناك أيضا ولتابعيه القرافي وابن الحاجب، أما المدونة ففي التهذيب في ترجمة الإجارة على القصاص: وكره مالك السكنى بالأهل فوق ظهر المسجد. قال أبو الحسن في الكبير: ونقلها ابن يونس، وقد كره مالك أن يبني الرجل مسجدا ثم يبني فوقه بيتا يسكنه بأهله. ابن يونس: يريد لأنها إذا كانت معه صار يطؤها على ظهر المسجد وذلك مكروه، وذكر مالك أن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه كان يبيت على ظهر المسجد بالمدينة في الصيف فكان لا يقرب فيه امرأة. انتهى.

وقال ابن الحاجب في إحياء الموات: ويجوز للرجل جعل علو مسكنه مسجدا، ولا يجوز [جعل سفله[783]] مسجدا ويسكن العلو لأن له حرمة المسجد، ونحوه في الذخيرة وفي الجواهر. قال في التوضيح: نحوه في المدونة في باب الصلاة والواضحة. وفي كتاب الجعل من المدونة: وكره مالك السكنى إلى آخره. قال: فإن قلت: فقد صرح بالكراهة هنا خلاف ما في الواضحة؟ قيل: الظاهر حملها على المنع توفيقا بين النقلين.انتهى كلامه في التوضيح. وما نسبه للواضحة هو في أوائل الصلاة منها. قال في مختصرها: وأجاز مالك للرجل يكون له سفل وعلو أن يجعل العلو مسجدا ويسكن السفل، [ولم[784]] يجز له أن يجعل السفل مسجدا ويسكن العلو، وفرق بين ذلك أنه إذا جعل السفل مسجدا [فقد[785]] صار لما فوقه حرمة المسجد. انتهى. وأما ما نسبه للمدونة في كتاب الصلاة فليس بصريح فيما قاله.

قال في آخر الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبني فوق المسجد بيتا ليسكن فيه. انتهى. قال أبو الحسن في الأمهات: لا يعجبني. انتهى. على أن ظاهر كلام ابن عرفة أن كلام المدونة محمول عنده على الكراهة، ونصه في أواخر صلاة الجماعة: وفيها: المسجد حبس لا يورث إذا كان صاحبه أباحه للناس، وأكره بيتا للسكنى فوقه لا تحته. انتهى. نعم حمله ابن ناجي على التحريم كالمصنف، وسيأتي كلامه، وتحقيق المسألة أن المسجد لله إذا بناه الشخص له وحيز عنه فلا ينبغي أن يختلف في أنه لا يجوز له البناء فوقه، فقد قال القرافي في الفرق الثاني عشر بعد المائتين: اعلم أن حكم الأهوية تابع لحكم الأبنية، فهواء الوقف وقف، وهواء الطلق طلق، وهواء الموات موات، وهواء الملك ملك، وهواء المسجد له حكم المسجد لا يقربه الجنب، ومقتضى هذه القاعدة أن يمنع هواء المسجد والأوقاف إلى عنان السماء لمن

الحديث

783 - في المطبوع علو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 ويحيى200 ويم18 ومايابى77.

784 - في المطبوع أو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 420 ويحيى200 ويم18 ومايابى78.

785 *- في المطبوع وقد وما بين المعقوفين من م148 ويم18 وفي ن عدود وذي ص420 ويحيى190 وسيد67 ومايابى78 قد.

نص خليل ....

متن الحطاب أراد غرز خشب حولها، [ويبني[786]] على رؤوس الخشب سقفا عليه بنيان، ولم يخرج عن هذه القاعدة إلا فرع، وهو إخراج الرواشن والأجنحة على الحيطان، ثم أخذ يبين وجه خروجه إلى آخر الفرق. انتهى باللفظ. ونحوه في الذخيرة، ومثله في قواعد المقري قاعدة حكم الأهوية حكم ما تحتها، فهواء الوقف وقف، فلا يباع هواء المسجد لمن أراد غرس الخشب حولها وبناء الهواء سقفا [وبنيانا.[787]] انتهى.

421 وقال اللخمي في كتاب الإجارة في ترجمة إجارة المسجد أو الدار: ومن بنى مسجدا/ لله [وحيز[788]] عنه وأحب أن يبني فوقه لم يكن له ذلك.انتهى بالمعنى. وأما إن كانت له دار لها علو وسفل فأراد أن يحبس السفل مسجدا ويبقى العلو على ملكه فظاهر ما تقدم للواضحة، وما تقدم لابن الحاجب [وتابعيه[789]] وما يأتي للمصنف في إحياء الموات أن هذا لا يجوز، وصرح اللخمي بجوازه. قال إثر ما تقدم عنه: وإن قال أنا أبنيه لله وأبني فوقه مسكنا وعلى هذا أبني جاز، وكذلك لو كانت الدار علوا وسفلا فأراد أن يحبس السفل مسجدا ويبقى العلو على ملكه جاز. انتهى. وينبغي أن يوفق بين هذه النقول ويجعل معنى قوله في المدونة في كتاب الصلاة: لا يعجبني أو لا يبني لا يجوز ويحمل هو وما في الواضحة وما لابن شأس وتابعيه القرافي وابن الحاجب وما يأتي للمصنف على الشق الأول الذي تقدم أنه لا ينبغي أن يختلف فيه، ويحمل ما في الجعل منها وكلام اللخمي الأخير وما للمصنف هنا على الشق الثاني وإن كان لفظ اللخمي الجواز؛ لأنه لا ينافي الكراهة، ويساعد هذا التوفيق كلام ابن ناجي، ونصه على قوله في الصلاة الأول من التهذيب: ولا يبنى إلى آخره.

قال في الأم: لا يعجبني ذلك لأنه يصير مسكنا يجامع فيه، وذلك كالنص على التحريم، ولا أعلم فيه خلافا، وذكر أبو عمران النظائر المعلومة التي تدل على الخلاف هل ظاهر المسجد كباطنه أم لا؟ وذلك يوهم جواز البناء عليه على قول، وليس كذلك لما ذكره في الأم، مع أن اللفظ يقتضي أن المسجد سبق فهو تغيير الحبس، بل ظاهرها أن من عنده علو وسفل فحبس العلو مسجدا فإنه جائز، ونص عليه اللخمي في الجعل. انتهى.

وقال على قولها في الجعل والإجارة: "وكره المتقدم" يريد [يكون[790]] تحبيس المسجد متأخرا عنه. انتهى. والله أعلم. ولهذا لما أن حمل ابن عبد السلام كلام ابن الحاجب والذي في الصلاة الأول من المدونة على ظاهره قال ما نصه: ذكر في المدونة مثل ما قاله المؤلف من التفرقة بين السكنى على ظهر المسجد أو تحته ولم يقل لأن له حرمة المسجد؛ أي لأعلى المسجد حرمته فإن ذلك ليس بالبين، ولا سيما والكلام فيما إذا حبس على هذه الصورة. نعم ليس من الأدب الاعتلاء على رؤوس المصلين الفضلاء وأهل الخير، وقد فعل ذلك أبو أيوب الأنصاري رضي الله عنه لما أن نزل عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وسكن بيتا عنده وسكن أبو أيوب غرفة عليها، وانهرقت جرة في الغرفة

الحديث ....

786 *- في المطبوع وبنى وما بين المعقوفين من ن عدود 420.

787 *- في م148 سقفا وبيتا.

788 - في المطبوع أحيز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 ويحيى200 ويم18 ومايابى78.

789 *- كذا في النسخ وانظره.

790 *- في يحيى191 ويكون.

نص خليل بِمَنْفَعَةٍ تَتَقَوَّمُ قُدِرَ عَلَى تَسْلِيمِهَا بِلاَ اسْتِيفَاءِ عَيْنٍ قَصْدًا وَلاَ حَظْرٍ وَتَعَيُّنٍ.

متن الحطاب فخشي أن ينزل منها شيء على رسول الله صلى الله عليه وسلم فسد الكوة التي هناك بقطيفة عنده، ونقل رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الغرفة ونزل هو وأهله إلى البيت[1]، واحتج في المدونة لما ذكره بأن عمر بن عبد العزيز كان يبيت بالمدينة فوق ظهر المسجد إذ كان أميرا فلا تقربه امرأة، وليس في هذا دليل لأن مسجد المدينة سبق تحبيسه على أيام عمر بن عبد العزيز، والسكنى بالأهل أو المبيت بهم على ظهره مخالف لمقتضى ما بني له ذلك المسجد، وإنما الكلام فيمن أراد إنشاء تحبيس مسجد على هذه الصورة. انتهى. ورأيت لبعض علماء الأندلس كلاما أجاب به حين سئل عن كلام المصنف هنا وفي إحياء الموات، وذكر في الجواب نحو ما ذكرناه، إلا أنه جعل قول المصنف هنا: "وبناء مسجد للكراء وسكنى فوقه" مسألة واحدة؛ وهي أن يبني مسجدا ليكريه ويتخذ فوقه بيتا. قال: وكلامه في إحياء الموات في اتخاذ منزل فوق مسجد محبس مباح لعموم الناس. انتهى. وفي جعله الفرعين فرعا واحدا نظر، والصواب ما قدمناه، وبعض علماء الأندلس المشار إليه هو الشيخ العلامة مفتي غرناطة أبو عبد الله محمد بن أحمد الجعدالي الغرناطي. والله أعلم.

ص: بمنفعة ش: يتعلق بقوله: "صحت الإجارة". قال الشيخ بهرام: الباء سببية. وقال البساطي للاستعانة، والظاهر الأول. قال ابن عرفة: المنفعة ما لا تمكن الإشارة إليه حسا دون [إضافة[791]] يمكن استيفاؤه غير جزء مما أضيف إليه.انتهى.

422 **فرع:** قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة/ الأبدان: اختلف فيمن استأجر أجيرا ليأتيه بالغلة فأجيز ومنع. انتهى. ومذهب المدونة المنع. نص على ذلك في كتاب الجعل والإجارة [منها[792]].

ص: تتقوم ش: في كثير من النسخ بضم التاء الأولى وفتح الثانية، والظاهر فتحهما معا، والمعنى أن لها قيمة، واحترز به من التافه الحقير الذي لا يجوز مقابلته بالمال في نظر الشرع. البساطي: كاستئجار نار ليوقد منها سراجا، وقد اختلف في جواز الإجارة ومنعها في فروع نظرا إلى أن المنفعة فيها متقومة أم لا، منها إجارة المصحف للقراءة فيه وإجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها على ما ذكره ابن الحاجب وابن شاس، ومشى المصنف فيهما على الجواز، فقول الشارحين هنا: "احترز به من إجارة الأشجار لتجفيف الثياب عليها" غير ظاهر. والله أعلم.

ص: قدر على تسليمها ش: قال القرافي: احترز من استئجار الأخرس للكلام والأعمى للإبصار وأرض الزراعة لا ماء لها قطعا ولا غالبا، وقاله الأئمة، ومن فروع ذلك استئجار أرض الزراعة وماؤها غامر أي كثير وانكشافه نادر، ومذهب المدونة الجواز إذا لم ينقد، وعليه مشى المصنف كما سيأتي فهو راجع لهذا القيد.

تنبيهان: الأول: من فروع هذا القيد كراء المشاع. قال في المدونة: يجوز كراء المشاع كنصف عبد أو دابة. قال اللخمي: وإذا أكرى رجل من رجل نصف عبده أو دابته أو داره جاز ذلك ثم هما في العبد والدابة بالخيار بين أن يقتسما المنافع يوما بيوم أو يومين بيومين فيستعمله المستأجر في الأيام التي

الحديث 1- عن أبي أيوب قال لما نزل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم قلت بأبي أنت وأمي إني أكره أن أكون فوقك وتكون أسفل مني فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم إني أرفق بي أن أكون في السفلى لما يغشانا من الناس قال فلقد رأيت جرة لنا انكسرت فأهريق ماؤها فقمت أنا وأم أيوب بقطيفة لنا مالنا لحاف غيرها ننشف بها الماء فرقا أن يصل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم شيء يوذيه. الحاكم المستدرك، كتاب معرفة الصحابة، ط. دار الفكر، ج3 ص461.

---

791 – في المطبوع إقامة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 421 ويحيى201 ويم18 ومايابى79.

792 – في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من سيد68 ومايابى79 ويم18.

نص خليل وَلَوْ مُصْحَفًا وَأَرْضًا غَمَرَ مَاؤُهَا وَنَدَرَ انْكِشَافُهُ.

متن الحطاب تصير إليه فيستخدم العبد ويركب الدابة، وإن شاء آجره من غيره، وإن شاء أن يؤاجر ذلك من أجنبي ويقتسما الأجرة، وإن لم يكن العبد من عبيد الخدمة وكانت له صنعة لا يمكن تبعيضها ترك لصنعته واقتسما خراجه، وأما الدار فإن كانت تنقسم قسمت منافعها وسكن المكتري فيما يصير إليه أو أكراه، وإن كانت لا تحمل القسم أكريت واقتسما كراءها، إلا أن يحب أحدهما أن يأخذها بما يقف عليه كراؤها، وإن كان العبد أو الدابة أو الدار شركة فأكرى أحدهما نصيبه بإذن شريكه جاز، وعاد الجواب في قسمة منافعه إلى ما تقدم إذا كان جميعه لواحد، فإن أكرى ذلك بغير إذن شريكه فلم يجز ودعا إلى البيع كان له ذلك في العبد/ والدابة والدار إذا لم تنقسم، وإن لم يدع إلى البيع ورضي ببقاء الشركة لم يكن له رد الكراء، وإن كانت الدار تنقسم ودعا الشريك إلى قسمة المنافع كان ذلك له وقسمت بالقرعة، فما صار للمكري أخذه المكتري، وإن أراد المكري أن يقسم بالتراضي كان للمكتري منعه من ذلك، وإن دعا الشريك إلى قسم الرقاب كان له ذلك، ومن حق المكتري أن يقسم بالقرعة فما صار للمكري كان حق المكتري فيه، وإن اعتدلت قسمة المنافع مع قسمة الرقاب كان ذلك للمكتري، فإن كان الذي صار للمكري أقل من النصف بما لا ضرر على المكتري فيه [حط[793]] من الكراء بقدره، وإن صار له أكثر وأمكن أن يميز ذلك القدر الزائد فعل وانتفع به المكري، وإن كان لا يتميز ولا يصاب فيه مسكن بانفراده بقي للمكتري ولا شيء عليه فيه؛ لأنه يقول كنت في مندوحة عنه ولا حاجة لي فيه. انتهى.

423

الثاني: لم يذكر المؤلف من شروط المنفعة أن تكون مملوكة، وكذا ابن شاس وابن الحاجب، وذكره القرافي وقال: احترازا من الأوقاف والربط ومواضع الجلوس من المساجد والطرقات والمدارس وغير ذلك؛ لأن المملوك في هذه الأمور كلها الانتفاع دون المنفعة.

فرع: يتفرع على هذا الشرط كراء دور مكة، ونقل في المقدمات عن مالك فيها أربع روايات: الجواز والمنع والكراهة [وكراهة كرائها[794]] في أيام الموسم، ولا خلاف عن مالك وأصحابه أنها فتحت عنوة، وانظر الكلام على هذه المسألة مشبعا في حاشيتي على المناسك. قال القرافي: تنبيه: مقتضى هذه المباحث أن يحرم كراء دور مصر وأرضها؛ لأن مالكا صرح في المدونة وغيرها أنها فتحت عنوة، ويلزم على ذلك تخطئة القضاة في إثبات الأملاك وعقود الإجارات، والقاعدة المتفق عليها أن مسائل الخلاف إذا اتصل ببعضها قضاء حاكم تعين ذلك القول وارتفع الخلاف، فإذا قضى حاكم بثبوت ملك أرض العنوة ثبت الملك وارتفع الخلاف وتعين ما حكم به الحاكم، وهذا التقرير يطرد في مكة ومصر وغيرهما. انتهى.

ص: **ولو مصحفا** ش: قال في المدونة: وتجوز إجارة المصحف لجواز بيعه، وأجاز بيعه كثير من التابعين. قال ابن عباس: ما لم يجعله متجرا، أما ما عملته بيدك فجائز، وتجوز الإجارة على كتابته. انتهى. أبو الحسن: انظر قول ابن عباس ما لم يجعله متجرا هل فلا يجوز أو يكره؟ انتهى. والله أعلم.

ص: **وأرضا غمر ماؤها وندر انكشافه** ش: هذه المسألة في كراء الدور والأرضين من المدونة، ونصها:

الحديث ....

---

793 – في المطبوع حطه وما بين المعقوفين من ن ذي ص423 م149 ومايابى80.

794 – ساقط من المطبوع وقد ورد في المقدمات ج2 ص219.

نص خليل

وَشَجَرًا لِتَجْفِيفٍ عَلَيْهَا عَلَى الأَحْسَنِ لاَ لأَخْذِ ثَمَرَتِهِ أَوْ شَاةٍ لِلَبَنِهَا وَاغْتُفِرَ مَا فِي الأَرْضِ مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى الثلثِ بِالتَّقْوِيمِ وَلاَ تَعْلِيمِ غِنَاءٍ.

متن الحطاب

ومن اكتريت منه أرضه الغرقة بكذا إن انكشف عنها الماء، وإلا فلا كراء بينكما جاز إذا لم تنقد، ولا يجوز النقد إلا أن يوقن بانكشافها. قال غيره إن خيف أن لا ينكشف لم يجز وإن لم ينقد. أبو الحسن: انظره. قال في التوضيح: قال صاحب المقدمات: تحصيل مذهب ابن القاسم جواز العقد كانت الأرض أرض مطر أو نيل أو غيرهما مأمونة أو غير مأمونة، وأما بالنسبة إلى جواز النقد ووجوبه فما كان من الأرض مأمونا كأرض النيل والمطر المأمونة وأرض السقي بالعيون الثابتة والآبار المعينة فالنقد فيها للأعوام الكثيرة جائز، وما كان منها غير مأمون فلا يجوز النقد فيه إلا بعد أن تروى ويتمكن من الحرث، كانت من أرض النيل أو المطر أو السقي بالعيون أو الآبار، وأما وجوب النقد فيجب عنده في أرض النيل إذا رويت إذ لا يحتاج إلى غير ذلك، وأما غيرها فلا يجب فيها النقد حتى يتم الزرع ويستغني عن الماء. انتهى.

ص: [وشجرا لتجفيف عليها[795]] على الأحسن ش: الأحسن هو اختيار ابن عبد السلام من القولين اللذين ذكر ابن الحاجب، وقال ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في حكاية القولين، وقبله شارحوه ولا أعرف القول بالمنع، ومقتضى المذهب الجواز كإجارة مصب مرحاض وحائط لحمل خشب. انتهى.

424

ص: لا لأخذ ثمرته ش: أي الشجر، وهذا راجع إلى قوله: "بلا استيفاء عين/ قصدا".

ص: أو شاة للبنها ش: يصح أن يقرأ بالجر عطفا على مقدر في قوله: "لا لأخذ ثمرته" أي لا شجر لأخذ ثمرته ولا شاة لأخذ لبنها فيكون من الممنوع، ويصح أن يقرأ بالنصب عطفا على قوله: "وشجرا" ويكون من الجائز، وعلى كل تقدير فلا بد من عناية في كلامه لأنا إن جعلناه ممنوعا نقول إلا بشروط يأتي ذكرها؛ يريد وكذا إذا جعلناه جائزا فتأمله. والله أعلم. والشروط أن تكون الغنم كثيرة كالعشرة ونحوها، وأن يكون في الإبان، وأن يعرفا وجه حلابها، وأن يكون إلى أجل لا ينقضي اللبن قبله، وأن يشرع في أخذ ذلك يومه أو إلى أيام يسيرة، وأن يسلم إلى ربها لا إلى غيره. هذا إذا كان جزافا، فإن كان على الكيل أسقطت الشرط الأول فقط. قاله في التوضيح. والمسألة في كتاب التجارة إلى أرض الحرب، وكلام أبي الحسن فيها مبسوط، ولا يقال قوله: "شاة" بالإفراد ينافي الأول؛ لأن المراد جنس الشاة. والله أعلم.

ص: ولا تعليم غناء ش: هو وما بعده إلى قوله: "ولا متعين" راجع لقوله ولا حظر، والحظر المنع. قال الأبي في شرح مسلم في كتاب البيع في حديث: {مهر البغي وحلوان الكاهن[1]} ولا خلاف في حرمة مهر البغي، ولا خلاف في حرمة أجرة المغنية والنائحة، ولا خلاف في حرمة ما يأخذه الكاهن. قال الأبي: وكذلك لا يحل ما يأخذه الذي يكتب البراءات لرد التليفة لأنه من السحر، وسئل شيخنا -يعني ابن عرفة- عمن ذهبت له حوائج فقرأ في دقيق وأخذ يطعمه أناسا اتهمهم وكانت فيهم امرأة

الحديث

1- عن أبي مسعود الأنصاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث1567.

---

795 - في المطبوع الملابس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 423 ويحيى202 ويم19 ومايابى81.

نص خليل

أَوْ دُخُولِ حَائِضٍ لِمَسْجِدٍ أَوْ دَارٍ لِتُتَّخَذَ كَنِيسَةً كَبَيْعِهَا لِذَلِكَ وَتُصُدِّقَ بِالْكِرَاءِ وَبِفَضْلَةِ الثمَنِ عَلَى الأَرْجَحِ وَلاَ مُتَعَيِّنٍ كَرَكْعَتَيِ الْفَجْرِ بِخِلاَفِ الْكِفَايَةِ وَعُيِّنَ مُتَعَلَّمٌ وَرَضِيعٌ وَدَارٌ وَحَانُوتٌ وَبِنَاءٌ عَلَى جِدَارٍ وَمَحْمِلٌ إن لَّمْ تُوصَفْ وَدَابَّة لِرُكُوبٍ وَإِنْ ضُمِنَتْ فَجِنْسٌ وَنَوْعٌ وَذُكُورَة وَلَيْسَ لِرَاعٍ رَعْيُ أُخْرَى إن لَّمْ يَقْوَ إِلاَّ بِمُشَارِكٍ أَوْ تَقِلَّ وَلَمْ يشْتَرطْ خِلافهُ وَإِلاَّ فَأَجْرُهُ لِمُسْتَأْجِرِهِ.

متن الحطاب

حامل فقالت إن أطعمتموني فأنا أموت فأطعموها منه فماتت. فأجاب بأنه ليس عليه إلا الأدب، وأما ما يؤخذ على حل المعقود فإن كان يرقيه بالرقى العربية جاز، وإن كان بالرقى العجمية لم يجز وفيه خلاف، وكان الشيخ يقول: إن تكرر منه النفع بذلك جاز .انتهى.

ص: ودخول حائض لمسجد ش: فرضها ابن الحاجب في استئجارها على كنس المسجد، وذكر المصنف ما هو أعم من الكنس وغيره، ويريد إذا كانت هي التي تكنس، وأما لو كانت الإجارة متعلقة بذمتها لجاز، وعكس هذه المسألة أن يؤاجر المسلم نفسه لكنس كنيسة أو نحو ذلك أو ليرعى الخنازير أو ليعصر له خمرا فإنه لا يجوز، ويؤدب المسلم إلا أن [يعذر[796]] بجهالة، واختلف هل [تؤخذ[797]] الأجرة من الكافر ويتصدق بها أم لا؟ ابن القاسم: التصدق بها أحب إلينا. قاله في التوضيح.

ص: ودار لتتخذ كنيسة ش: تصوره واضح.

425

فرع: إذا غصب النصراني [سفينة لمسلم[798]] / وحمل فيها الخمر. قال في رسم يوصى من سماع عيسى من كتاب الغصب: له أن يأخذ كراءها ويتصدق به. قال ابن رشد: معناه كراء مثلها على أن يحمل فيها خمرا أن لو أكراها نصراني من نصراني لذلك، وأما قوله: "يتصدق به" فهو بعيد أن يجب ذلك عليه إلا أن يعلم بتعديه فلا يمنعه من ذلك وهو قادر على منعه، وأما إن لم يعلم بذلك أو علم ولم يقدر على منعه فلا يجب أن يتصدق إلا بالزائد على قيمة كرائها على أن يحمل عليها غير الخمر فحمل عليها خمرا. قاله ابن حبيب. انتهى.

ص: وبناء على جدار ش: تصوره واضح. وأما إذا اكترى أرضا ليبني فيها لم يلزمه أن يذكر قدر البناء؛ لأن الأرض لا ضرر عليها في ثقل البناء، بخلاف الجدار إذا أكراه ليبني عليه. انتهى من التوضيح.

ص: ومحمل ش: بفتح الميم الأولى وكسر الثانية.

ص: ودابة لركوب وإن ضمنت فجنس ونوع وذكورة ش: يعني أن الدابة إذا اكتريت للركوب فيلزم تعيينها إذا كانت معينة، وإن كانت مضمونة فيلزم أن يذكر جنسها ونوعها والذكورة والأنوثة، وظاهر كلامه أنه يكتفى [بالتعيين في الوجه[799]] الأول. ابن عبد السلام: وينبغي أن يختبرها

الحديث

....

---

796 *- في المطبوع يتعذر وما بين المعقوفين من يحيى192 وسيد67 وم150 ويم20.

797 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 424 ويحيى202 ومايابى81.

798 *- في المطبوع سفينة مسلم لمسلم وما بين المعقوفين من يحيى192 ويم20 وم150 وسيد68.

799 – في المطبوع في التعيين بالوجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 425 ومايابى81.

نص خليل

كَأَجِيرٍ لِخِدْمَةٍ آجَرَ نَفْسَهُ وَلاَ يَلْزَمُهُ رَعْيُ الْوَلَدِ إِلاَّ لِعُرْفٍ وَعُمِلَ بِهِ فِي الْخَيْطِ وَنَقْشِ الرَّحَى وَآلَةِ بِنَاءٍ وَإِلاَّ فَعَلَى رَبِّهِ عَكْسُ إِكَافٍ وَشِبْهِهِ وَفِي السَّيْرِ وَالْمَنَازِلِ وَالْمَعَالِيقِ وَالزَّامِلَةِ وَوِطَائِهِ بِمَحْمِلٍ.

متن الحطاب

الراكب لينظر سيرها في سرعته وبطئه فرب دابة كما قال مالك: المشي خير من ركوبها.

تنبيه: قال في التوضيح: محمد: وإن وقع الكراء على الإطلاق حمل على المضمون حتى يدل دليل على التعيين. قال: ولو اكترى منه أن يحمله إلى بلد كذا على دابة أو سفينة وقد أحضرها ولا يعلم له غيرها، ولم يقل له تحملني على دابتك هذه أو سفينتك هذه فهلكت بعد أن ركب/ فعلى الكري أن يأتيه بدابة أو سفينة غيرها، وهو مضمون حتى يشترط أنه إنما يكري هذه الدابة بعينها. محمد: أو يكريه نصف السفينة أو ربعها فيكون كشرط التعيين. انتهى.

426

ص: كأجير لخدمة آجر نفسه ش: ظاهره فتكون الإجارة لمن استأجره أولا وليس له غير ذلك، وخيره في المدونة بين ذلك وبين أن يسقط حصة ذلك اليوم من الأجرة، ونصه بعد مسألة الرعاية: وكذلك أجيرك للخدمة يؤاجر نفسه من غيرك يوما أو أكثر فلك أخذ الأجر أو تركه وإسقاط حصة ذلك اليوم من الأجر عنك. قال عبد الحق: خيره ابن القاسم في أجير الخدمة، ولم يخيره في الراعي إذا شرط أن لا يرعى مع غنمه غنما أخرى وخالف، والأمر في ذلك سواء، وينبغي أن يقال كم [تسوَى[800]] إجارته على أن لا يرعى مع الغنم غيرها وتقوم على أن يرعى معها غيرها فيعرف ما بين ذلك ثم يخير بين أن ينظر ما يخصه من الكراء الذي سمى فيسقطه من إجارته، أو يأخذ ما أجر به نفسه. والله أعلم. انتهى. ونقله أبو الحسن وقال: صورته أن يعين إجارتها وحدها مثلا عشرة ومع غيرها ثمانية فيسقط من نصيبه من المسمى الخمس أو يأخذ ما أجر به نفسه. انتهى. ونقل عن أبي محمد صالح أنه قال: يتوهم أن الأجير بخلاف الراعي؛ لأن الأجير عطل ذلك اليوم والراعي لم يعطل، ثم ذكر كلام عبد الحق، وكلام عبد الحق ظاهر لا شك فيه قبله أبو الحسن وفسره.

تنبيه: قال ابن يونس: قوله: "لك أخذ الأجر" الخ هذا فيما يشابه ما أجرته فيه أو يقاربه، وأما أن يؤاجره للرعاية شهرا بدينار فيؤاجر نفسه في الحصاد أو في مخوف كل يوم بدينار أو تؤاجره لخدمتك في الغزو فيذهب يقاتل فيقع في سهمانه عشرة دنانير فهذا وشبهه لا يكون له إلا إسقاط ما عطل لك من عملك من الأجر، وقاله غير واحد من أصحابنا. انتهى. وذكر أبو الحسن عن عبد الحق قريبا من ذلك. ثم قال: قال أبو محمد صالح: انظر على هذا إذا أصاب بيض الحجل فهي للأجير. انتهى.

ص: إلا لعرف ش: فإذا لم يكن عرف لم يلزمه رعايتها. ابن يونس: قال أبو بكر بن اللباد ولربها أن يأتي براع يرعى معه للتفرقة. أبو الحسن: راعي التفرقة في الحيوان البهيمي، ومثله في سماع عيسى. انتهى. ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن اللباد: قلت: معناه أن التفرقة تعذيب لها فهي من النهي عن تعذيب الحيوان. انتهى. وتقدم الكلام على ذلك بأتم من هذا عند قول المصنف في فصل طعام الربا: "وتفريق أم فقط من ولدها".

427

ص: عكس إكاف ش: كلام ابن غازي في شرح هذه/ المسألة كاف وهو ظاهر. والله أعلم.

الحديث ....

---

800 *- في المطبوع وسيد68 تستوي وما بين المعقوفين من يم20 وم150 ومايابى82 وفي يحيى192 تساوي.

نص خليل وَبَدَلِ الطَّعَامِ الْمَحْمُولِ وَتَوْفِيرِهِ كَنَزْعِ الطَّيْلَسَانِ قَائِلَةً وَهْوَ أَمِينٌ فَلاَ ضَمَانَ وَلَوْ شُرِطَ إِثْبَاتُهُ إن لَّمْ يَأْتِ بِسِمَةِ الْمَيِّتِ أَوْ عَثَرَ بِدُهْنٍ أَوْ طَعَامٍ بِآنِيَةٍ فَانْكَسَرَتْ وَلَمْ يَتَعَدَّ أَوِ انْقَطَعَ الْحَبْلُ وَلَمْ يَغُرَّ بِفِعْلٍ كَحَارِسٍ وَلَوْ حَمَّامِيًّا.

متن الحطاب ص: **وبدل الطعام المحمول** ش: يعني إذا نقص الطعام المحمول ببيع أو أكل فأراد ربه أن يوفيه فإن كان فيه عرف عمل به، وإن لم يكن لهم عرف فعليه حمل الوزن الأول. نقله في التوضيح عن المدونة قال: وعكسه إذا استأجره على حمل مائة رطل فأصابه مطر حتى زاد فلا يلزمه إلا حمل الوزن الأول. قاله سحنون. وانظره في ابن يونس.

ص: **وتوفيره** ش: بالفاء كذا فسره الشارح.

ص: **وهو أمين** ش: قال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "ومن اكترى ماعونا أو غيره فلا ضمان عليه في هلاكه بيده، وهو مصدق إلا أن يتبين كذبه": قول الشيخ: مصدق يريد ويحلف إن كان متهما لقد ضاع ولا فرطت، ولا يمين عليه إن كان غير متهم. قاله ابن القاسم، وقيل يحلف/ مطلقا، وقيل يحلف غير المتهم ما فرط. انتهى. 428

فرع: والقول قول المستأجر في رد الشيء المستأجر إلا أن يكون قبضه ببينة. نص عليه ابن رشد وغيره، وتقدم في العارية كلام ابن رشد فانظره، وانظر المقدمات وانظر التوضيح في كتاب الوديعة في شرح قوله: "وإن ادعى الرد الخ".

تنبيه: قال ابن الحاجب: والمستأجر أمين على الأصح. قال ابن عبد السلام: يعني أن من ملك منفعة بعوض فالقول قوله في تلف الذات التي قبضها لاستيفاء تلك المنفعة، سواء كانت تلك الذات من نوع ما لا يغاب عليه كالحيوان، أو مما يغاب عليه [كالجفنة هذا[801]] هو المعروف في المدونة وغيرها، وأنكر بعضهم وجود الخلاف فيه في المذهب، ومن أثبته لم يثبته عموما كما يقتضيه ظاهر كلام المؤلف –يعني ابن الحاجب– بل هو مقصور عندهم على ما يغاب عليه. انتهى. ونحوه في التوضيح. قال في [ترجمة[802]] إجارة الحلي والثياب من كتاب الإجارة من المدونة: ومن استأجر فسطاطا أو بساطا أو غرائر أو آنية إلى مكة ذاهبا وجائيا جاز ذلك، فإن ادعى حين رجع ضياع هذه الأشياء في البداءة صدق في الضياع ولزمه الكراء كله إلا أن يأتي ببينة على وقت الضياع، فإن كان معه قوم في سفره فشهدوا أنه أعلمهم بضياع ذلك وطلبه بمحضرهم حلف وسقط عنه من يومئذ حصة باقي المدة .انتهى.

وقال ابن رشد في شرح المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب تضمين الصناع: وحكم اكتراء العروض بشرط الضمان على قول مالك في هذه الرواية حكم بيع الثنيا يفسخ الكراء إلا أن يرضى المكتري بإسقاط الشرط، فإن فات الكراء كان على المكتري الأكثر من الكراء المسمى أو كراء المثل على غير شرط الضمان. ثم قال: وأما قوله في الدمياطية فيمن اكترى دابة بالضمان أنه لا خير فيه، ويرد إلى كراء مثله مما لا ضمان عليه فظاهره كان أكثر من المسمى أو أقل، ومعناه إن فات الكراء وأنه يفسخ قبل فوته وإن ترك المكري الشرط وهو القياس خلاف رواية أشهب. اهـ. فقول المصنف: "وهو

نص خليل وَأَجِيرٍ لِصَانِعٍ.

الحديث ....

---

801 – في المطبوع كالجفنة أولا هذا وما بين المعقوفين من مايابى82 وسيد68.

802 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 428 ويحيى203 ومايابى83 ويم21.

متن الحطاب

أمين" يمكن أن يكون الضمير عائدا على المستأجر بكسر الجيم فيكون أشار إلى هذا، ويمكن أن يعود الضمير على المستأجر بالفتح، وهو الذي يظهر من قوله: "ولو شرط إثباته إن لم يأت بسمة الميت" ويكون مشيرا بذلك إلى قوله في المدونة: ولا ضمان على الرعاة إلا فيما تَعَدَّوْا فيه أو فرطوا في جميع ما رعوه من الغنم والدواب لأناس شتى أو لرجل واحد. ثم قال ابن القاسم: وإذا اشترط على الراعي الضمان فسدت الإجارة ولا شيء عليه وله أجر مثله بغير ضمان، ناف على التسمية أو نقص. قال غيره وإن كان ذلك أكثر من التسمية لم يزد عليها قال ومحال أن يكون أكثر. قال ابن القاسم: وكذا إن شرطوا على الراعي أنه إن لم يأت بسمة ما مات منها ضمن فلا يضمن وإن لم يأت بها، وله أجر مثله ممن لا ضمان عليه. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: ولا ضمان على الراعي فيما تلف أو ضل، وعليه اليمين إن اتهم أنه ما فرط ولا تعدى ولا دلس، ويضمن إن فرط، ولا ضمان عليه إن نام مغلوبا في إبان النوم إلا أن يأتي من ذلك ما ينكر، وإن شرط عليه الضمان فسخت الإجارة وله أجرة المثل فيما رعى. انتهى. وعلى هذا فقول المصنف: "ولو شرط إلى آخره" صحيح في نفي الضمان إلا أنه يوهم أن ذلك مع صحة العقد، وقد صرح في المدونة بفساده فتأمله. والله أعلم.

مسألة: قال في الإرشاد في باب الإجارة: وتلزم بالفاسدة أجرة المثل. قال الشيخ زروق: عند الفوات بما تفوت به من انقضاء العمل ونحوه؛ نعم وكل ما يفيت البيع الفاسد يفيت الإجارة الفاسدة لأنه كالبيع فيما يحل ويحرم، وقد يكون له الأقل من المسمى وأجرة المثل في بعض الصور الفاسدة، وقد يكون له الأكثر، وقد يحكم بالمسمى فقط لشبه الصحيحة، وقد تسقط لانتفاء الموجب. فانظر ذلك كله. انتهى.

429

مسألة: قال في الطرر: وإذا ادعى الراعي أن بعض الغنم له لم يصدق إلا أن يأتي بسبب يدل/ على صدقه فيحلف، ونقله عن نوازل ابن رشد.

مسألة: إذا قال الصانع هذا متاع فلان وقال فلان ليس هو لي فالظاهر أن القول قول الصانع. قال البرزلي: مسألة: قال ابن الحاج: إذا احترق الخبز في الفرن فقال الفران هو لفلان، وقال صاحبه ليس هو لي فالقول قول الفران. قاله ابن زرب ثم ذكر عن اللخمي ما [مضمونه أنه إن كان يعمل[803]] للناس فإنه يصدق، وإن [كان يعمل لنفسه[804]] لم يصدق. فانظره وأظنه في تضمين الصناع. والله أعلم.

فرع: قال في الطرر في ترجمة وثيقة باستئجار جماعة لرعاية غنم: لا يجبر أهل الأفران وأهل الارحاء وأهل الحمامات على طبخ ولا طحن ولا غيره، وكذلك الصناع كلهم ثم ذكر أن القضاء بطليطلة على جبر الفران على طبخ خبز جاره إذا امتنع بمثل ما يطبخ به خبز مثله. انتهى.

ص: وأجير لصانع ش: يعني أن الأجير الذي يعمل عند الصانع لا ضمان عليه، والضمان على

الحديث ....

803 *- في المطبوع وسيد69 ومايابى83 مضمونه إن كان ما يعمل وما بين المعقوفين من يحيى193 ويم21.

804 - في المطبوع بنفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص429 ويحيى193 وسيد69 ويم21 وم151 ومايابى83.

نص خليل

كَسِمْسَارٍ إنْ ظَهَرَ خَيْرُهُ عَلَى الأَظْهَرِ وَنُوتِيٍّ غَرِقَتْ سَفِينَتُهُ بِفِعْلٍ سَائِغٍ لاَ إنْ خَالَفَ مَرْعًى شُرِطَ أَوْ أَنْزَى بِلاَ إذْنٍ أَوْ غَرَّ بِفِعْلٍ فَقِيمَتُهُ يَوْمَ التَّلَفِ أَوْ صَانِعٍ فِي مَصْنُوعِهِ لاَ غَيْرِهِ وَلَوْ مُحْتَاجًا لَهُ عَمَلٌ وَإِنْ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِلاَ أَجْرٍ.

متن الحطاب

الصانع. قال في المدونة في أول كتاب تضمين الصناع: ويضمن القصار ما أفسد أجيره، ولا شيء على الأجير إلا أن يتعدى أو يفرط . انتهى.

ص: وسمسار ظهر خيره على الأظهر ش: هذا إذا ادعى ضياع المتاع، وأما لو ادعى أنه باعه من رجل والرجل ينكر فإنه يضمن لتفريطه بعدم الإشهاد. نص على ذلك ابن رشد في نوازله في آخر كتاب البيوع، ونصه: وأما السمسار يدعي بيع السلعة من رجل عينه وهو ينكره فلا اختلاف في أنه ضامن لتركه الإشهاد؛ لأنه أتلف السلعة على ربها [إذ[805]] دفعها إلى المبتاع ولم يتوثق عليه بالإشهاد، ولا يراعى في هذا العرف بترك الإشهاد؛ إذ ليس من المسائل التي يراعى فيها ذلك لافتراق معانيها. انتهى منه بلفظه. وانظر أول الإجارة من مسائل البرزلي، وانظر كلام القاضي عياض في آخر التدليس بالعيوب فقد أطال في ذلك.

430 ص: أو أنزى بلا إذن ش:/

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم: سئل بعضهم عما كسر الراعي من الغنم. قال: أما ما كسره بالعصا حين يذودها بها فلا ضمان عليه، وأما ما كسره بالحجارة فعليه الضمان لأنه من التعدي. انتهى.

فرع: قال في الترجمة المذكورة: قال في المؤلفة لابن لبابة: إذا عقر الراعي من الغنم مرة وثانية وثالثة ولم يضمنه صاحب الغنم وأمضاه على فعله ولم ينكر عليه ورضي لم يضمنه بعد ذلك انتهى.

ص: أو صانع في مصنوعه ش: قال ابن الحاجب: تلف بصنعه أو بغير صنعه. قال في التوضيح: كما لو ادعى أن سارقا سرقه.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال في الكافي في الصانع تضيع عنده السلعة فيغرم قيمتها ثم توجد أنها للصانع: وكذا لو ادعى على رجل أنه سرق عبده فأنكر فصالحه على شيء ثم وجد العبد. قال ابن رشد في سماع يحيى: هو للمدعى عليه، ولا ينقض الصلح، صحيحا كان أو معيبا إلا أن يجده عنده قد أخفاه فيكون لربه، وفي التهذيب في المكتري يتعدى على الدابة فتضل فيغرم قيمتها ثم توجد هي للمكتري. انتهى.

تنبيه: قال في التوضيح: ابن رشد: والضمان بسبب الصنعة إنما هو إذا لم يكن فيها تغرير، وأما إن كان فيها تغرير كثقب اللؤلؤة ونقش الفصوص وتقويم السيوف واحتراق الخبز عند الفران والثوب عند الصباغ فلا ضمان عليه فيها، إلا أن يعلم أنه تعدى فيها: أو أخذها على غير وجه مأخذها، ونحوه لابن المواز. انتهى.

الحديث

....

---

[805] – في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص429 ويحيى194 ومايابى84 وسيد69.

نص خليل إن نُصّبَ نَفْسَهُ وَغَابَ عَلَيْهَا فَبِقِيمَتِهِ يَوْمَ دَفْعِهِ وَلَوْ شَرَطَ نَفْيَهُ أَوْ دَعَا لأَخْذِهِ إلاَّ أَنْ تَقُومَ بَيِّنَة فَتَسْقُطُ الأَجْرَة وَإلاَّ أَنْ يُحْضِرَهُ بِشَرْطِهِ.

متن الحطاب **تنبيه:** تضمين الصناع من المصلحة العامة. قال في التوضيح: وذكر أبو المعالي أن مالكا كثيرا ما يبني مذهبه على المصالح، وقد قال إنه يقتل ثلث العامة لمصلحة الثلثين. المازري: وهذا الذي حكاه أبو المعالي عن مالك صحيح. انتهى. وفي بعض نسخ التوضيح: ولكنه في تضمين الصناع، وانظر كلام القرافي في آخر شرح المحصول فإنه تكلم في مسألة المصالح المرسلة بكلام حسن، وأنكر ما ذكره إمام الحرمين عن مالك وقال إنه لا يوجد في كتب المالكية فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال اللخمي في كتاب الشركة في شركة الأبدان فيما إذا مرض أحد الشريكين: ولو أجر رجلان [أنفسهما[806]] [في عمل[807]] شيء بعينه، أو كانت الإجارة في الذمة لم يكن على أحدهما أن يوفي عمل الآخر، وليس كالأول؛ يعني شريكي الصنعة، أولئك [متفاوضان[808]] فلزم أحدهما ما لزم الآخر. انتهى. يعني [متفاوضان[809]] في العمل كالمتفاوضين في المال.

فرع: [وقال قبله:[810]] إذا كانت الإجارة على عمل رجل لم يجز أن يضمن عنه رجل آخر ذلك الفعل إن مرض أو مات أو غاب. اهـ. وقال في كتاب الجعل والإجارة من المدونة: وإن أجرت رجلين على حفر بئر كذا فحفرا بعضها، ثم مرض أحدهما فأتمها الآخر فالأجرة بينهما، ويقال للمريض أرض الحافر من [حقه،[811]] فإن أبى لم يقض عليه،/ والحافر متطوع له. انتهى. 431

ص: **إن نصب نفسه** ش: ابن عرفة: اللخمي: المنتصب من أقام نفسه لعمل الصنعة التي استعمل فيها كان بسوقها أو داره وغير المنتصب لها من لم يقم نفسه لها ولا منها معاشه.

قلت: ظاهره ولو كان انتصابه لجماعة خاصة، ونص عياض على أن الخاص بجماعة دون غيرهم لا ضمان عليه، ونحوه لابن رشد في المقدمات، ونحو لفظ اللخمي سماع عيسى: لا ضمان على الصانع حتى ينصب نفسه للعمل. الصقلي إثر سماع عيسى: قال بعض شيوخنا: معناه أنه عمله بغير أجر، ولو أخذ عليه أجرا صار صانعا فيضمن، وحكى أنه منصوص للمتقدمين.

قلت: ففي ضمانه بمجرد نصب نفسه أو بقيد عمومه للناس قولان [لظاهر[812]] سماع عيسى مع بعض [شيوخ[813]] الصقلي، وطريق عياض مع ابن رشد.

ص: **وغاب عليها** ش: يريد في بيته فشمل شرطين: الأول أن لا يكون عمله في بيت رب/ السلعة 432

الحديث ....

806 *- في المطبوع أنفسها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى84 ويم22.

807 *- في المطبوع يعمل وما بين المعقوفين من يحيى194 ويم22 وم152 وسيد69 ومايابى84.

808 *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب (ذانك متفاوضان).

809 - في المطبوع متفاوضين وما بين المعقوفين من مايابى84 وسيد69 وم152.

810 *- في المطبوع قال وقبله وما بين المعقوفين من يحيى194 وم152 ويم22 ومايابى84 وسيد69.

811 *- في المطبوع من حقك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

812 *- في المطبوع الظاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى85 ويحيى204 ويم22 وم52.

813 *- في المطبوع شيوخه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى85 ويم22 ويحيى204 وم152 وسيد69.

نص خليل

وَصُدِّقَ إن ادَّعَى خَوْفَ مَوْتٍ فَنَحَر أَوْ سَرِقَةَ مَنْحُورِهِ أَوْ قَلْعِ ضِرْسٍ أَوْ صِبْغًا فَنُوزِعَ وَفُسِخَتْ بِتَلَفِ مَا يُسْتَوْفَى مِنْهُ لاَ بِهِ إلاَّ صَبِيِّ تَعَلُّمٍ وَرَضعٍ وَفَرَسِ نَزْوٍ وَرَوْضٍ وَسِنٍ لِقَلْعٍ فَسَكَنَتْ كَعَفْوِ الْقِصَاصِ وَبِغَصْبِ الدَّارِ وَغَصْبِ مَنْفَعَتِهَا وَأَمْرِ السُّلْطَانِ بِإِغْلاَقِ الْحَوَانِيتِ وَحَمْلِ ظِئْرٍ أَوْ مَرَضٍ لاَ تَقْدِرُ مَعَهُ عَلَى رَضَاعٍ وَمَرَضِ عَبْدٍ وَهَرَبِهِ لِكَعَدُوٍّ إلاَّ أَنْ يَرْجِعَ فِي بَقِيَّتِهِ بِخِلاَفِ مَرَضِ دَابَّةٍ بِسَفَرٍ ثُمَّ تَصِحُّ وَخُيِّرَ إنْ تَبَيَّنَ أَنَّهُ سَارِقٌ.

متن الحطاب

وإن كانت في بيته فلا ضمان عليه، جلس معه ربها أم لا، عمل بأجر أم لا، الثاني أن لا يكون ربه ملازمه، وإلا فلا ضمان عليه. قاله في التوضيح.

ص: **وصدق إن ادعى خوف موت فنحر** ش: قاله في المدونة. وهذا إذا جاءه بالشاة منحورة أو بثمنها أو ادعى أنها سرقت منه بعد الذبح، وأما لو أكلها فلا يصدق. قاله أبو [عمر[814]] في الكافي، ونقله أبو الحسن الصغير، وقال في المسائل الملقوطة: وإن أتى بشاة مذبوحة قال خشيت عليها الموت صدق في قول ابن القاسم، وكذلك إذا قال سرقت بعد الذبح وضمنه غيره. انتهى. وانظر هل يصدق في هذه المسائل بيمين أم لا؟

ص: **لا به إلا صبي تعليم ورضع وفرس نزو وروض** ش: قال الشارح في الوسط: الحق بهذه الأربع مسائل؛ [وهي من[815]] استأجر على أن يحصد أرضه وليس له غيرها، أو يبني له حائطا ثم حصل مانع من ذلك، والخياط والحائك يدفع إليه ثوب ليعمله للباس لا للتجارة وليس عنده غيره، والطبيب يوافق على معافاة العليل مدة فيموت قبلها، وألحق بعضهم ما إذا استأجر على الجواهر النفيسة ليضع فيها شيئا فهلكت، والعلة في ذلك تعذر الخلف غالبا. انتهى. ونقلها صاحب المسائل الملقوطة.

فرع: قال في مسائل الإجارة من البرزلي: سئل ابن أبي زيد إذا أصاب الأجير في البناء مطر في بعض اليوم منعه[من البناء؟ قال:[816]]فله بحساب ما مضى ويفسخ في بقية اليوم، ومثله لسحنون ولغيره يكون له جميع الأجر؛/ لأن المنع لم يأت من قبله. انتهى. وقال ابن عرفة: قال سحنون في وثائقه: إن منع أجير البناء أو الحصد أو عمل مّا مَطَرٌ لم يكن له بحساب ما عمل من النهار، وأجيره له كل الأجر لأن المنع لم يكن منه. قال ابن عرفة: ولا يدخل هذا الخلاف في نوازل وقعت في بلدنا بتونس؛ لأن العرف تقرر عندهم بفسخ الإجارة بكثرة المطر ونزول الخوف.انتهى. ذكره في الكلام على ما تفسخ به الإجارة.

433

ص: **وسن لقلع فسكنت كعفو القصاص** ش: قال ابن عرفة: ابن شاس: وتنفسخ بمنع استيفاء المنفعة شرعا كسكون ألم السن المستأجر على قلعها أو عفو عن القصاص المستأجر على استيفائه. قال ابن عرفة: قلت هذا إذا كان العفو من غير المستأجر، وانظر هل يقبل قول المستأجر في ذهاب ألمه؟ والأظهر أنه لا يصدق إلا أن يقوم على ذلك دليل، وفي يمينه مع ذلك نظر، والأظهر أنها كأيمان التهم.انتهى.

ص: **وحمل ظئر** ش: أي وتنفسخ الإجارة بحمل الظئر أي المرضعة لأنه يخاف على الولد من لبنها. قال في المدونة في كتاب الجعل والإجارة: وإذا حملت الظئر فخيف على الولد فلهم فسخ / الإجارة.

434

الحديث

---

814 – في المطبوع عمران ومايابى85 ويم22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 432 ويحيى204.

815 – في المطبوع وهي أن من وما بين المعقوفين من ن ذي ص432 وم152 ويحيى194 ويم22 ومايابى85 وسيد69.

816 *– في المطبوع من البناء في بعض اليوم وما بين المعقوفين من يحيى204 والبرزلي ج3 ص605.

نص خليل

وَبِرُشْدِ صَغِيرٍ عَقَدَ عَلَيْهِ أَوْ عَلَى سِلَعِهِ وَلِيٌّ إلاَّ لِظَنِّ عَدَمِ بُلُوغِهِ وَبَقِيَ كَالشَّهْرِ كَسَفِيهٍ ثَلاَثَ سِنِينَ وَبِمَوْتِ مُسْتَحِقِّ وَقْفٍ آجَرَ وَمَاتَ قَبْلَ تَقَضِّيهَا عَلَى الأَصَحِّ لاَ بِإِقْرَارِ الْمَالِكِ أَوْ خُلْفِ رَبِّ دَابَّةٍ فِي غَيْرِ مُعَيَّنٍ أَوْ حَجٍّ وَإِنْ فَاتَ مَقْصِدُهُ.

متن الحطاب

انتهى. قال البساطي: فإن قلت كلام المدونة يخالف كلام المؤلف من وجهين: أحدهما أنه قال فيها إذا خيف والمؤلف أطلق، والثاني أنه قال فيها فلهم الفسخ، والمصنف جزم.

قلت: قد يجاب عن الأول بأن الغيلة مضمونة بالحمل فأحال في المدونة على الخوف إشارة إلى العلة، وأطلق المصنف إشارة إلى المظنة مع أنك إذا تأملت وجدت الخوف على الولد مقطوعا به عند الحمل والذي قد يكون وقد لا يكون إنما هو حصول الضرر، وأما الثاني فالظاهر وروده على كلام المصنف. انتهى.

قلت: قد قدم المصنف هذه المسألة على ما في المدونة فقال: ولزوجها فسخه إن لم يأذن كأهل الطفل إذا حملت. وتقدم هناك عن الشيخ أبي الحسن أنه إن خيف على الصبي الموت وجب عليهم الفسخ، وإن خيف عليه ضرر غير الموت فلهم تركه على الكراهة، وقد تقدم أن هذا الذي قاله أبو الحسن إنما يكون -والله أعلم- مع عدم تحقق الضرر، وأما لو تحقق الضرر لوجب عليهم الفسخ، فجزم المصنف هنا بالفسخ اعتمادا على ما قدمه على أنه لا دليل في كلامه على تحتم الفسخ، بل أكثر المسائل التي ذكرها لا يتحتم فيها الفسخ. نعم يعترض على المصنف في تكرارها، إلا أن يقال أراد جمع النظائر التي تفسخ فيها الإجارة، وفيه نظر؛ إذ ليس في كلامه استيفاء لها فتأمله. والله أعلم.

ص: **وبرشد صغير عقد عليه** ش: عبارة المدونة: "فاحتلم" لكن قيده الشراح بأن يكون رشيدا؛ إذ لا يكفي مجرد الاحتلام في المحجور. انظر ابن عرفة.

ص: **وبموت مستحق وقف آجر ومات قبل تقضيها على الأصح** ش: قال في الجواهر: إذا مات البطن الأول من أرباب الوقف بعد الإجارة قبل تقضي مدتها انفسخت الإجارة في باقي مدة الإجارة لأنه تناول بالإجارة ما لا حق له فيه، وقيل إذا أكرى مدة يجوز الكراء إليها لزم باقيها. انتهى. ونقل ابن الحاجب القولين من غير ترجيح. قال ابن عرفة: ولا أعرف الثاني لغير ابن شاس، ولم يعزه ابن هارون ولا ابن عبد السلام، وظاهر أقوال الشيوخ نفيه، ثم ذكر عن ابن رشد والمتيطي وابن فتوح أنه ينقض بموت المستحق.

تنبيه: قال في الإرشاد في باب الوقف: وتنفسخ بموت [الآئل[817]] إليه الوقف لا المستأجر. قال الشيخ سليمان البحيري في شرحه ناقلا عن شرح مؤلفه المعتمد: معنى قولنا إنها تنفسخ بموت مستحق الأجرة أنه إن كان الوقف على بطن بعد بطن فآجر البطن الأعلى ثم مات قبل انقضائها انفسخت فيما بقي؛ لأن ملك المنفعة انتقل بالموت للبطن الآخر ممن يرجع إليه الوقف فقد تبين أنه آجر ملكه وملك غيره، بخلاف موت الناظر إذا لم يكن من أهل الوقف وموت المستأجر فإنه لا يفسخ. انتهى.

ص: **أو خلف رب دابة في غير معين وحج** ش: وله أن يرفع الأمر إلى الحاكم فينظر في ذلك، فإن

الحديث ....

817 *- في المطبوع وم152 ويحيى195 الايل وما بين المعقوفين من يم23 ومايابى86.

نص خليل

أَوْ فِسْقِ مُسْتَأْجِرٍ وَآجَرَ الْحَاكِمُ إِن لَّمْ يَكُفَّ أَوْ بِعِتْقِ عَبْدٍ وَحُكْمُهُ عَلَى الرِّقِّ وَأُجْرَتُهُ لِسَيِّدِهِ إِنْ أَرَادَ أَنَّهُ حُرٌّ بَعْدَهَا. فصل وَكِرَاءُ الدَّابَّةِ كَذَٰلِكَ وَجَازَ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ عَلَفَهَا أَوْ طَعَامَ رَبِّهَا أَوْ عَلَيْهِ طَعَامَكَ أَوْ لِيَرْكَبَهَا فِي حَوَائِجِهِ أَوْ لِيَطْحَنَ بِهَا شَهْرًا أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَى دَوَابِهِ مِائَةً وَإِن لَّمْ يُسَمِّ مَا لِكُلٍّ وَعَلَى حَمْلِ آدَمِيٍّ لَّمْ يَرَهُ.

متن الحطاب

435 رأى أن في الصبر ضررا فسخ الكراء وإن لم يضر لم يفسخ. نقله/ ابن عرفة عن اللخمي. ثم قال ابن عرفة: ولو غاب كري مضمون ووجد له مثله لم يستحقه مكتريه إلا بالحكم، وإن لم يوجد وله ما يكرى به عليه أكرى عليه الحاكم منه، وإن لم يكن له شيء [وطاع[818]] المكتري بسلفه جاز إن علم له مال، وإن لم يعلم ففي صحة سلفه لذلك قولا ابن القاسم ومحمد، ورجح اللخمي الأول بالقياس الأحروي على منع غرماء مفلس طاع برد ما ابتاعه لبائعه لعجزه عن ثمنه بسلفهم إياه الثمن لربح فيه. انتهى.

ص: أو فسق مستأجر ش: قال في المدونة: وإذا ظهر من مكتري الدار دعارة وخلاعة وفسق وشرب خمر لم ينقض الكراء، ولكن الإمام يمنعه ويكف أذاه عن الجيران وعن رب الدار، وإن رأى إخراجه أخرجه وأكراها عليه. قال أبو الحسن: قال ابن يونس من اكترى دارا وله جيران سوء فله ردها لأن ذلك عيب، ولهذا قال مالك فيمن اشترى دارا ولها جيران سوء إنه عيب ترد به قال الشاعر:

يقولون لي بعت الديار رخيصة ولا أنت مديون ولا أنت مفلس

فقلت لهم كفوا الملامة واقصروا بجيرانها تغلو الديار وترخص انتهى.

وقال ابن عرفة: وروى ابن حبيب في فاسق ذي دار بين الناس يعاقبه السلطان ويمنعه، فإن لم ينته بيعت عليه. اللخمي: وأرى أن يبدأ بعقوبته، فإن لم ينته أكريت عليه،فإن لم ينته عن إذايته لإتيانه إليها بيعت عليه، وسمع أبو زيد ابن القاسم آخر مسألة من كتاب السلطان قال مالك في فاسق يأوي إليه أهل الفسق: يخرج من منزله، وتخارج عليه الدار والبيوت، ولا تباع عليه لعله يتوب ابن القاسم يتقدم إليه مرة أو مرتين أو ثلاثا، فإن لم ينته أخرج وأكري عليه. ابن رشد: رواية ابن حبيب يباع عليه خلاف هذا السماع، وقوله فيها أصح لما ذكره من رجاء توبته، ولو لم تكن الدار له إلا بكراء أكريت عليه ولم ينفسخ كراؤه. ابن عرفة: لأن فسخ الكراء مضرة على رب الدار، ويحتمل حمل رواية ابن حبيب على من لا ترتفع مضرة فسقه إلا برفع ملكه، وحمل رواية ابن القاسم على من ترتفع مضرته بمجرد

436 كرائها عليه. ابن رشد: وروى يحيى بن يحيى أنه قال: أرى أن يحرق بيت الخمار. قال:/ وأخبرني بعض أصحابنا أن مالكا كان يستحب حرق بيت المسلم الذي يبيع الخمر قيل له فالنصراني يبيعها بين المسلمين؟ قال: إن تقدم إليه [فلم[819]] ينته أحرقت بيته. قال: وحدثني الليث أن عمر بن الخطاب أحرق بيت رويشد الثقفي لأنه كان يبيع الخمر، وقال أنت فويسق لا رويشد. انتهى. والله أعلم.

<u>فصل كراء الدواب:</u>

ص: أو ليركبها في حوائجه أو ليطحن بها شهرا ش: شهرا قيد في المسألتين.

الحديث

....

[818] – في المطبوع وضاع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 435 ومايابى86.

[819] *– في المطبوع ويحيى195 فإن لم وما بين المعقوفين من يم23 وم153 ومايابى86 وسيد69.

نص خليل

وَلَمْ يَلْزَمْهُ الْفَادِحُ بِخِلاَفِ وَلَدٍ وَلَدَتْهُ وَبَيْعُهَا وَاسْتِثْنَاءُ رُكُوبِهَا الثلاث لاَ جُمْعَةً وَكُرِهَ الْمُتَوَسِّطُ وَكِرَاءُ دَابَّةٍ شَهْرًا إن لَّمْ يَنْتَقِدْ وَالرِّضَا بِغَيْرِ الْمُعَيَّنَةِ الْهَالِكَةِ إن لَّمْ يَنْقُدْ أَوْ نَقَدَ وَاضْطُرَّ وَفِعْلُ الْمُسْتَأْجِرِ عَلَيْهِ وَدُونه وَحِمْلٌ بِرُؤْيَتِهِ أَوْ كَيْلِهِ أو وَزْنِهِ أَوْ عَدِّهِ إن لَّمْ تَتَفَاوَتْ وَإِقَالَةٌ قَبْلَ النَّقْدِ وَبَعْدَهُ إن لَّمْ يَغِبْ عَلَيْهِ وَإِلاَّ فَلاَ إلاَّ مِنَ الْمُكْتَرِي فَقَطْ إن اقْتَصَّا أَوْ بَعْدَ سَيْرٍ كَثِيرٍ وَاشْتِرَاطُ هَدِيَّةِ مَكَّةَ إِنْ عُرِفَ وَعقبَةِ الأجيرِ لاَ حَمْلِ مَن مَّرِضَ وَلاَ اشْتِرَاطَ إن مَّاتَتْ مُعَيَّنَةٌ أَتَاهُ بِغَيْرِهَا كَدَوَابَّ لِرِجَالٍ أَوْ لأَمْكِنَةٍ أَوْ لَمْ يَكُنِ الْعُرْفُ نَقْدَ مُعَيَّنٍ وَإِن نَّقَدَ أَوْ بِدَنَانِيرَ عُيِّنَتْ إلاَّ بِشَرْطِ الْخَلَفِ أَوْ لِيَحْمِلَ عَلَيْهَا مَا شَاءَ أَوْ لِمَكَانٍ شَاءَ أَوْ لِيُشَيِّعَ رَجُلاً أَوْ بِمِثْلِ كِرَاءِ النَّاسِ أَوْ إِنْ وَصَلْتُ فِي كَذَا فَبِكَذَا أَوْ لِيَنْتَقِلَ لِبَلَدٍ وَإِنْ سَاوَتْ إلاَّ بِإِذْنٍ كَإِرْدَافِهِ خَلْفَكَ أَوْ حَمْلٍ مَعَكَ وَالْكِرَاءُ لَكَ إن لَّمْ تَحْمِلْ زِنَةً كَالسَّفِينَةِ وَضَمِنَ إنْ أَكْرَى لِغَيْرِ أَمِينٍ أَوْ عَطِبَتْ بِزِيَادَةِ مَسَافَةٍ أَوْ حَمْلٍ تَعْطَبُ بِهِ.

متن الحطاب

ص: ولم [يلزمه[820]] الفادح ش: قال عياض: الفادح من الرجال، والأحمال العظام الثقال التي تهلك الدواب. انتهى.

ص: وبيعها واستثناء ركوبها الثلاثة ش: تصوره ظاهر، والمسألة في المدونة وغيرها. قال القرطبي في شرح مسلم وغيره: يجوز بيع البعير واستثناء ركوبه لحديث[1] جابر في الصحيحين، لكن قال مالك إذا كانت المسافة معلومة قريبة، وحمل الحديث عليه انتهى.

437 ص: وكراء دابة شهرا إن لم ينقد ش: قوله: "دابة" يريد معينة، وقوله: "شهرا" يعني يكتريها / ولا يركبها إلا بعد مضي شهر، وهذا لا يجوز النقد فيه لأن الإجارة المعينة إذا لم يشرع فيها لم يجز النقد لأنه يصير تارة ثمنا، وتارة سلفا. قال في المدونة: ومن اكترى دابة بعينها على أن يركبها إلى يوم أو يومين وما قرب جاز، وجاز النقد فيه، وإن كان إلى شهر أو شهرين جاز ما لم ينقد. اهـ.

ص: وإقالة بزيادة قبل النقد وبعده إن لم يغب عليه ش: يعني [أنه تجوز[821]] الإقالة برأس المال، وتجوز بزيادة قبل النقد وبعده وقبل الغيبة عليه من المكتري والمكري، ويريد إذا كانت الزيادة معجلة، وقد استوفى أقسامها في المقدمات.

ص: واشتراط هدية مكة إن عرف ش: نحوه في المدونة.

فائدة: قال بعده في المدونة: وأجاز للمكتري أن يحمل في غيبته ثوبا أو ثوبين لغيره ولا يخبر بذلك [الجمال،[822]] وهو من شأن الناس ولو بَيَّنَ هذه الأشياءَ ووزنها كان أحسن. انتهى. والله أعلم.

438 ص: ولا اشتراط إن ماتت معينة أتاه بغيرها ش: قال في المدونة: وإن اشترط في المعينة إن ماتت أتاه بغيرها لم يجز. انتهى./

ص: أو عطبت بزيادة المسافة أو حمل تعطب به ش: يعني أن الدابة إذا عطبت بزيادة المسافة

الحديث

1 – عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال غزوت مع النبي صلى الله عليه وسلم قال كيف ترى بعيرك؟ أتبيعنيه قلت نعم فبعته إياه فلما قدم المدينة غدوت إليه بالبعير فأعطاني ثمنه، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاستقراض، دار الفجر 2005، رقم الحديث 2385، ورواية مسلم عن جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال له قد أخذت جملك بأربعة دنانير ولك ظهره إلى المدينة، مسلم في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 715.

---

820 – في المطبوع يلزم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 436 ومايابى86 ويحيى205.

821 *– في المطبوع وسيد69 أنه لا يجوز وما بين المعقوفين من يحيى195 ويم23 وم153 وفي مايابى87 أنه يجوز.

822 – في المطبوع الحمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 437 ومايابى87.

نص خليل وَإلاَّ فَالْكِرَاءُ.

متن الحطاب فإنه يضمنها، وسواء كانت الزيادة مما تعطب الدابة في مثلها أم لا، وكذا يضمن الدابة إذا عطبت بسبب زيادة في الحمل إذا كانت الزيادة مما تعطب الدابة بمثلها.

تنبيهات: الأول: قوله: "أو عطبت بزيادة مسافة" ظاهره أنه إذا زاد على المسافة التي اكترى إليها يضمن ولو كان اكترى ذاهبا وراجعا، ولا يعتبر قدر الرجوع مما زاد على المسافة كما تقول الشافعية إنه لا يضمن حتى يزيد على المسافة المشترطة قدر الرجوع الذي يستحقه وهو كذلك. قال في كتاب الرواحل من المدونة: قال مالك: وإن اكتراها إلى بلد ذاهبا وراجعا فعطبت الدابة يوم وصوله إلى البلد لم يضمن المكتري، ولربها نصف الكراء فقط، وإن جاوزها فلربها أخذ قيمتها يوم تعديه مع كرائها إلى ذلك الموضع وإن شاء أخذ دابته وكراء ما تعدى فيه. قال ابن يونس: يريد مع كراء الأول، ويفهم ذلك من مسألة المدونة الآتية في شرح قول المصنف: "إلا أن يحبسها كثيرا.

الثاني: قول المؤلف: "ضمن" في هذه المسائل معناه أن رب الدابة مخير في أن يأخذ قيمتها أو يأخذ الكراء الأول وكراء الزيادة.

الثالث: ظاهر كلامه أن التعدي في زيادة المسافة [مثل[823]] التعدي في زيادة الحمل وليس كذلك، فإنه إذا تعدى بزيادة المسافة يخير رب الدابة في أن يأخذ قيمتها يوم التعدي مع كرائه الأول، أو يأخذ كراءه الأول مع كراء مثل ما تعدى، وأما إذا تعدى بزيادة الحمل فإن ربها يخير بين أن يأخذ كراء مثل ما زاد على الدابة بالغا ما بلغ مع الكراء الأول، أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال في المدونة في المسألة الثانية: وإذا زاد المكتري على الدابة في الحمل الذي شرط فعطبت فإن زاد ما تعطب في مثله خير ربها في أخذ المكتري بقيمة كراء ما زاد على الدابة فى الحمل بالغا ما بلغ مع الكراء الأول أو قيمة الدابة يوم التعدي ولا كراء له. قال ابن يونس: يريد إذا زاد على ذلك في أول المسافة وإن زاد بعد أن سار نصف الطريق واختار ربها أخذ قيمة الدابة فله قيمة الدابة يوم التعدي ونصف الكراء الأول، وكذلك في ثلث الطريق أو ربعه ثلث الكراء أو ربعه مع قيمة الدابة. انتهى. وقال في المسألة الأولى: وإذا بلغ المكتري الغاية التي اكترى إليها ثم زاد ميلا فعطبت الدابة فلربها كراؤه الأول، والخيار في أخذ قيمة كراء الميل الزائد ما بلغ، أو قيمة الدابة يوم التعدي. انتهى.

ص: وإلا فالكراء ش: أي وإن لم تكن الزيادة التي في الحمل مما تعطب الدابة بمثلها فلا يلزم المكتري إلا كراء الزيادة ولو عطبت الدابة، وهذا هو المشهور؛ أعني أنه يفرق بين الزيادة في المسافة وبين الزيادة في الحمل ففي / زيادة المسافة يضمن إذا عطبت مطلقا، سواء كانت الزيادة مما تعطب بمثلها أم لا، وفي زيادة الحمل لا يضمنها إذا عطبت إلا إذا زاد زيادة تعطب بمثلها. قال أبو الحسن الصغير: والفرق بينهما أن [المتعدي[824]] بزيادة الحمل اليسير الذي [لم[825]] تعطب بمثله [مستند[826]] إلى إذن وتعد، فالإذن في الحمل المعتاد والزيادة في اليسير إنما هو تعد فقط. والله أعلم. 439

الحديث ....

---

[823] – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص 438 ويحيى206 ومايابى87.

[824] *– في المطبوع التعدي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م153.

[825] *– وعلق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب لا تعطب.

[826] – في المطبوع مستندا وما بين المعقوفين من ن ذي ص439 ويحيى196 وم153 وسيد69 ومايابى88.

نص خليل

كَأن لَّمْ تَعْطَبْ إلاَّ أنْ يَحْبِسَهَا كَثِيرًا فَلَهُ كِرَاءُ الزَّائِدِ أوْ قِيمَتُهَا وَلَكَ فَسْخُ عَضُوضٍ أوْ جَمُوحٍ أوْ أعْشَى أوْ دَبُرُهُ فَاحِشًا كَأنْ يَطْحَنَ لَكَ كُلَّ يَوْمٍ إرْدَبَّيْنِ بِدِرْهَمٍ فَوُجِدَ لاَ يَطْحَنُ إلاَّ أرْدَبًا وَإنْ زَادَ أوْ نَقَصَ مَا يُشْبِهُ الْكَيْلَ فَلاَ لَكَ وَلاَ عَلَيْكَ.

فصل جَازَ كِرَاءُ حَمَّامٍ وَدَارٍ غَائِبَةٍ كَبَيْعِهَا أوْ نِصْفِهَا أوْ نِصْفِ عَبْدٍ وَشَهْرًا عَلَى إنْ سَكَنَ يَوْمًا لَزِمَ.

متن الحطاب

فرع: الشعبي عن أحمد بن عبد الله: إذا حمل على الدابة المكتراة إلى موضع أقل من الشرط غلطا منه حتى وصل فعليه الكراء كاملا؛ إذ لو شاء لتثبت في حمل الجميع. انتهى.

ص: **كأن لم تعطب** ش: يعني أن الدابة إذا لم تعطب فلا يلزم المكتري إلا كراء ما زاد من الحمل أو المسافة وإن كانت الدابة تعطب بمثل ذلك ثم استثنى من زيادة المسافة.

ص: **إلا أن يحبسها كثيرا [وله كراء الزيادة أو قيمتها[827]]** ش: ويشير به إلى قوله في المدونة: ومن اكترى دابة من مصر إلى برقة ذاهبا وراجعا إلى مصر فتمادى إلى إفريقية وعاد إلى مصر فرب الدابة مخير في أخذ قيمة كرائها من برقة إلى إفريقية ذاهبا وراجعا إلى برقة ما بلغ مع كرائه الأول، أو نصف الكراء الأول مع قيمتها ببرقة يوم التعدي ردها بحالها أو بغير حالها؛ لأن سوقها قد تغير، وقد حبسها المكتري عن نفعه بها وعن أسواقها.انتهى.

ص: **ولك فسخ عضوض أو جموح أو أعشى أو [دَبَرُهُ[828]] فاحشا** ش: قال في الشامل: ولك فسخ كراء عضوض وأعشى وعثور وجموح وذي دبرة فاحشة وقيد إن كان بمستعتب، وإلا تمادى وحط عنه قيمة العيب كما لو لم يعلم به حتى وصل. انتهى. والأعشى هو الذي لا يبصر بالليل، والجموح القوي الرأس الذي لا يقاد إلا بعسر، والعضوض الذي يعض من يقرب منه، والدبر العقر الذي يحصل في ظهور الإبل. قاله بهرام.

ص: **كأن يطحن لك كل يوم إردبين بدرهم فوجد لا يطحن إلا إردبا** ش: هكذا قال في كتاب الرواحل من المدونة: ونصها: وإن اكتريت ثورا لتطحن عليه كل يوم أردبين بدرهم فوجدته لا يطحن إلا إردبا فلك رده، وعليك في الإردب نصف درهم. انتهى. وظاهر كلام المدونة أن عقد الكراء صحيح وليس بفاسد، وهو جار على أحد القولين المشهورين اللذين تقدما فيما إذا قيد العمل بالزمان وتحمل العمل كما أشار إلى ذلك القاضي عياض في التنبيهات في كتاب كراء الرواحل، وأشار إلى ذلك اللخمي، وتقدم أن الخلاف إنما هو فيما يمكن أن يعمل وأن يتمه في ذلك الزمان. والله أعلم.

ص: **وإن زاد أو نقص ما يشبه الكيل فلا لك ولا عليك** ش: لو جعل من تمام المسألة التي قبله ما بعد. والله أعلم.

ص: **فصل جاز كراء حمام ودار غائبة كبيعها** ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض أو دار

الحديث

....

---

[827] – في المطبوع فله كحراء الزيادة وقيمتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 439 ويحيى206 ومايــابى88 (فلــه كراء الزيادة).

[828] – في المطبوع دبرة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 439 ويحيى206 ومايابى88.

نص خليل إن مَلَكَ الْبَقِيَّةَ وَعَدَمُ بَيَانِ الإِبْتِدَاءِ وَحُمِلَ مِنْ حِينِ الْعَقْدِ وَمُشَاهَرَةً وَلَمْ يَلْزَمْ لَهُمَا إلاَّ بِنَقْدٍ فَقَدْرُهُ كَوَجِيبَةٍ بِشَهْرِ كَذَا أَوْ هَذَا الشَّهْرَ أَوْ أَشْهُرًا أَوْ إلَى كَذَا وَفِي سَنَةٍ بِكَذَا تَأْوِيلاَنِ وَأَرْضِ مَطَرٍ عَشْرًا إن لَّمْ يَنْقُدْ وَإِنْ سَنَةً.

متن الحطاب غائبة ببلد قريب أو بعيد على صفة أو رؤية متقدمة وينقده كالبيع، ثم لا رد له إن وجدها على الصفة، وإنما يجوز ذلك على رؤية متقدمة منذ أمد لا تتغير في مثله. انتهى. أبو الحسن: قوله: "وينقده كالبيع" قال أحمد: قال محمد بن إبراهيم: ولا ينقده على صفة ربها وإنما ينقده على صفة غيره أو يرسل/ المكتري رسولا يبصرها. انتهى.

440

ص: أو نصفها أو نصف عبد ش: قال في كراء الدور منها: وتجوز إجارة نصف دابة أو نصف عبد يكون للمستأجر يوما وللذي له النصف الآخر يوما كالبيع. ثم قال: ولا بأس بكراء نصف دار أو سدسها أو جزء شائع قل أو كثر كالشراء. قال أبو الحسن في شرح الكلام الأول: قال اللخمي: فيستعمله المستأجر، وذكر كلام اللخمي المتقدمَ ذكْرُهُ في التنبيه الأول عند قول المصنف: "قدر على تسليمها".

ص: إن ملك البقية ش: يعني إن كان المكتري يملك منفعة البيت في بقية الشهر إن شاء سكن، وإن شاء أسكن غيره. قال في المدونة: ومن استأجر بيتا شهرا بعشرة دراهم على أنه إن سكن فيه يوما واحدا فالكراء له لازم جاز إن كان له أن يسكن بقية الشهر أو يكريه إذا خرج، وإلا لم يجز على حال. انتهى.

تنبيهان: الأول: زاد ابن عرفة عن المدونة: ما لم يشترط عليه إن خرجت فليس لك أن تكري البيت. ثم قال: ونقلها اللخمي بزيادة لا خير فيها والكراء لازم والشرط باطل، وإن كان على أنه إن خرج رجع البيت لربه ولا يحط من الكراء شيئا فهو فاسد وعليه قيمة ما سكن وفسخ متى أدرك، وفيه نظر؛ لأن ظاهر قولها لا خير فيه أنه فاسد، وهو مقتضى أصل المذهب في الشرط المنافي لمقتضى العقد.

الثاني: قال في المدونة: وللكري أن يأخذ كراء كل يوم يمضي إلا أن يكون بينهما شرط فيحملان عليه. ابن يونس: وإن لم يكن شرط وكانت سنة البلد النقد قضي به. انتهى.

441

ص: كوجيبة ش: الوجيبة المدة المعينة/

ص: وأرض مطر عشرا ش: مراده سواء كانت مأمونة أو غير مأمونة، وكذلك سائر الأرضين، وقوله: "عشرا" ذكر العشر لأنه في المدونة كذلك، وإلا فهو يجوز كراؤها أكثر من عشر. قال في المقدمات: السنين الكثيرة. والله أعلم.

ص: إن لم ينقد ش: قال في المدونة: ولا بأس بكراء أرض المطر عشر سنين إن لم ينقد، فإن شرط النقد فسد، أبو الحسن قوله إن لم ينقد معناه إن لم يشترط النقد يدل عليه قوله: "فإن شرط". انتهى. [وقدم[829]] المؤلف في فصل الخيار المواضع التي يمتنع النقد فيها مع الشرط [والمواضع التي يمتنع النقد فيها مع الشرط[830]] وعدمه، وعد هذا فيما يمتنع النقد فيه مع الشرط فقط، إلا أن الشيخ

الحديث ....

---

829 – في المطبوع وقد قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 وفي يحيى197 ومايابى89 وم154 وقد قدم.

830 – ساقطة من المطبوع ويحيى197 ومايابى89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441.

نص خليل

إلاَّ الْمَأْمُونَةَ كَالنِّيلِ وَالْمَعِينَةِ فَيَجُوزُ وَيَجِبُ فِي مَأْمُونَةِ النِّيلِ إذَا رويَتْ وَقَدْر مِنْ أَرْضِكَ إنْ عُيِّنَ أَوْ تَسَاوَتْ وَعَلَى أَنْ يَحْرُثَهَا ثَلاثًا أَوْ يَزْبُلَهَا إنْ عُرِفَ وَأَرض سِنِينَ لِذِي شَجَرٍ بِهَا سِنِينَ مُسْتَقْبَلَةً وَإِنْ لِغَيْرِكَ لاَ زَرْع وَشَرْطُ كَنْس مِرْحَاض أَوْ مَرَمَّةٍ أَوْ تَطْيِين مِنْ كِرَاءٍ وَجَبَ لاَ إن لَمْ يَجِبْ أَوْ مِنْ عِنْدِ الْمُكْتَرِي أَوْ حَمِيم أَهْلِ ذِي الْحَمَّام أَوْ نُورَتِهِمْ مُطْلَقًا أَوْ لَمْ يُعَيِّنْ بِنَاءً وَغَرْسًا وَبَعْضُهُ أَضَرُّ وَلاَ عُرْف وَكِرَاءُوكِيل بِمُحَابَاةٍ أَوْ عَرض أَوْ أَرض مُدَّةً لِغَرْس فَإِذَا انْقَضَتْ فَهْوَ لِرَبِ الأَرْض أَوْ نِصْفُهُ وَالسَّنَةُ فِي الْمَطَرِ بِالْحَصَادِ وَفِي السَّقْي بِالشُّهُور فَإِنْ تَمَّتْ وَلَهُ زَرْعٌ اخْضَرُ فَكِرَاءُ مِثْل الزَّائِدِ وَإذَا انْتَثَرَ لِلْمُكْتَرِي حَبٌّ فَنَبَتَ قَابِلاً فَهْوَ لِرَبِّ الأَرْض كَمَنْ جَرَّهُ السَّيْلُ إلَيْهِ وَلَزِمَ الْكِرَاءُ بِالتَّمَكُّنِ وَإِنْ فَسَدَ لِجَائِحَةٍ أَوْ غَرَقٍ بَعْدَ وَقْتِ الْحَرْثِ أَوْ عُدْمِهِ بَذْرًا أَوْ سِجْنِهِ.

متن الحطاب

بهراما قال هنالك ظاهره أن التطوع بالنقد جائز، ونص الفاكهاني في شرح الرسالة على خلافه. انتهى. وفي المدونة ما يوافق ظاهر كلام المؤلف، ونصها في أكرية الدور: وإن [اكتريت[831]] من رجل أرضه قابلا وفيها زرع له أو لمكتري عامه جاز، فإن كانت مأمونة كأرض النيل جاز النقد فيها، وإلا لم يجز بشرط. انتهى.

ص: إلا المأمونة كالنيل والمعينة فيجوز ش: أي [إلا[832]] الأرض المأمونة من أرض المطر فيجوز اشتراط النقد فيها كما يجوز ذلك في أرض النيل المأمونة الري وفي الأرض المعينة الماء المأمونة. هذا معنى كلامه، وقد صرح في التوضيح هنا بأنه يجوز اشتراط النقد في الأرض الغالب ريها على قول ابن القاسم خلافا لابن الماجشون، وكلام البساطي فيه شيء فتأمله. وللرجراجي كلام في ذلك فانظره فيه. والله أعلم.

ص: وعلى أن يحرثها ثلاثا أو يزبلها ش: ابن عرفة: وشرط منفعة في الأرض كشرط نقد بعض كرائها، فيها من اكترى أرضا على أن يكر بها/ ثلاث مرات ويزرعها في الكراب الرابع جاز، وكذا على أن يزبلها بشيء معروف. الصقلي وغيره: يريد إن كانت مأمونة؛ لأن زيادة الكراب والتزبيل منفعة تبقى في الأرض إن لم يتم زرعه، فإن نزل/ في غير المأمونة ولم يتم زرعه نُظِرَ كَمْ يزيد كراؤها لزيادة ما اشترط على معتاد حرثها وهو عندنا حرثه على كرائها دون ما اشترطت زيادته على المعتاد فيرجع بالزائد لأنه كنقد اشترطه فيها ولو تم زرعه كان عليه كراء مثلها بشرط تلك الزيادة لأنه كراء فاسد. قاله التونسي. انتهى. وقوله: "نظركم يزيد كراؤها" الخ يريد في السنة الثانية صرح به أبو الحسن الصغير وغيره. أبو الحسن: أجاز هنا بيع الزبل فهو يناقض ما في البيوع الفاسدة إن كان لمالك، وإن كان لابن القاسم فهو موافق. انتهى.

442

443

ص: وفي السقي بالشهور إلى آخره ش: قال في الشامل: وفي السقي بتمامها، فإن تمت والزرع باق وكان ربه يظن تمامه فزاد الشهر ونحوه لزم رب الأرض تركه لتمامه بكراء المثل فيما زاد، وقيل نسبة المسمى ولو بعد الأمد وعلم ربه ذلك فلربها قلعه أو تركه بالأكثر من المسمى وكراء المثل وليس له شراؤه على الأصح. انتهى.

ص: أو عدمه بذرا أو سجنه ش: قال في المدونة: ومن اكترى أرضا فلم يجد بذرا أو سجنه سلطان

الحديث

....

[831] - في المطبوع ويحيى207 اكريت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 ومايابى89.

[832] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 441 ومايابى89.

نص خليل

أَوْ انْهَدَمَتْ شُرُفَاتُ الْبَيْتِ أَوْ سَكَنَ أَجْنَبِيٌّ بَعْضَهُ لاَ إِن نُقِصَ مِنْ قِيمَةِ الْكِرَاءِ وَإِنْ قَلَّ أَوِ انْهَدَمَ بَيْتٌ فِيهَا أَوْ سَكَنَهُ مُكْرِيهِ أَوْ لَمْ يَأْتِ بِسُلَّمٍ لِلأَعْلَى أَوْ عَطِشَ بَعْضُ الأَرْضِ أَوْ غَرِقَ فَبِحِصَّتِهِ وَخُيِّرَ فِي مُضِرٍّ كَهَطْلٍ فَإِنْ بَقِيَ فَالْكِرَاءُ كَعَطَشِ أَرْضِ صُلْحٍ وَهَلْ مُطْلَقًا أَوْ إِلاَّ أَنْ يُصَالِحُوا عَلَى الأَرْضِ تَأْوِيلاَنِ عَكْسُ تَلَفِ الزَّرْعِ لِكَثْرَةِ دُودِهَا أَوْ فَارِهَا أَوْ عَطَشٍ أَوْ بَقِيَ الْقَلِيلُ وَلَمْ يُجْبَرْ آجِرٌ عَلَى إِصْلاَحٍ مُطْلَقًا بِخِلاَفِ سَاكِنٍ أَصْلَحَ لَهُ بَقِيَّةَ الْمُدَّةِ قَبْلَ خُرُوجِهِ وَإِنِ اكْتَرَيَا حَانُوتًا فَأَرَادَ كُلٌّ مُقَدَّمَهُ قُسِمَ إِنْ أَمْكَنَ وَإِلاَّ أُكْرِيَ عَلَيْهِمَا.

متن الحطاب

444 باقي المدة فالكراء يلزمه، ولا يعذر بهذا ولكن [يكريها[833]] إن/ لم يقدر هو على أن يزرعها.
أبو الحسن الصغير: قال اللخمي: محمل قوله في البذر على أن المكتري وحده عجز عنه لأنه قادر على أن يكريها، ولو كانت شدة فلم يجد أهل الموضع [البذر[834]] سقط عنه الكراء، وكذلك إذا قصد السلطان أن يحبسه ليحول بينه وبين زراعتها وكرائها فلا شيء عليه وإن لم يقصد ذلك وإنما طلبه السلطان بأمر فكان ذلك السبب في امتناع حرثها كان عليه كراؤها. انتهى.
ص: أو انهدمت شرافات البيت ش: يريد ولم ينقص ذلك من قيمة كرائها. قاله في المدونة.
ص: لا إن نقص من قيمة الكراء وإن قل ش: يريد إذا قام بذلك فإن سكت وسكن ولم يقم به فلا شيء له. قاله في المدونة. ونقله في التوضيح وابن عرفة وغيرهما، والظاهر من كلامهم أن حكم انهدام البيت منها كذلك لا شيء له إن سكت، وإنما يخالف حكم بيت غيره في أنه يجوز له السكنى ولا يلزمه الخروج، وتحصيل مذهب المدونة في ذلك أنه إذا انهدم شيء من الدار قليلا كان أو كثيرا لم يجبر ربها على إصلاحه مطلقا كما قال في التوضيح، ثم ينظر فيه، فإن كان فيه مضرة على الساكن فله الخيار بين أن يسكن بجميع الكراء أو يخرج، فإن خرج ثم عمرها [ربها[835]] لم يلزمه الرجوع إليها، وإن عمرها وهو فيها لزمه بقية الكراء، وإن سكن الدار مهدومة لزمه جميع الكراء، وإن كان لا ضرر على المكتري في السكنى فالكراء له لازم، وينظر إلى [المنهدم[836]] فإن نقص من قيمة الكراء حط ذلك النقص إذا قام به المكتري ولم يصلحه رب الدار فإن سكت وسكن فلا شيء له، وإن لم ينقص من قيمة الكراء شيئا فلا [شيء[837]] له. والله أعلم.
ص: أو عطش بعض الأرض أو غرق فبحصته ش: قال في معين الحكام: تنبيه: وصفة الحكم في ذلك أن يشهد أهل المعرفة بما عهد من حال هذه/ الأرض في الأعوام المتوسطة، فإن قيل للقفيز خمسة أو ثمانية نظر ما رفع الآن منها وأعطى من الكراء بحساب ذلك. انتهى. 445
ص: وخير في مضر ش: انظر اللخمي والرجراجي والجزولي في شرح الرسالة. والله أعلم.
ص: أو عطش ش: قال ابن عرفة: اللخمي: وإن غرقت الأرض بعد الإبان ثم ذهب عن قرب بعد ما

الحديث

....

833 *- في المطبوع ويم25 وم154 ومايابى89 ليكريها وما بين المعقوفين من يحيى197 والتهذيب ج3 ص499.
834 *- في المطبوع نذرا وما بين المعقوفين من يحيى207 ومايابى89 ويم25 وم154.
835 *- في المطبوع ربه وما بين المعقوفين من م154 ويم25 ويحيى197 ومايابى90.
836 *- في المطبوع المتهدم وما بين المعقوفين من يحيى197 وم154 ويم25.
837 - في المطبوع كراء وما بين المعقوفين من م154 ويم25 ومايابى90.

نص خليل وَإِنْ غَارَتْ عَيْنُ مُكْرًى سِنِينَ بَعْدَ زَرْعِهِ أنفِقَتْ حِصَّةُ سَنَةٍ فَقَطْ وَإِنْ تَزَوَّجَ ذَاتَ بَيْتٍ وَإِنْ بِكِرَاءٍ فَلاَ كِرَاءَ إلاّ أَنْ تُبَيِّنَ وَالْقَوْلُ لِلأَجِيرِ أَنَّهُ وَصَّلَ كِتَابًا أَوْ أَنَّهُ اسْتُصْنِعَ وَقَالَ وَدِيعَةٌ أَوْ خُولِفَ فِي الصِّفَةِ.

متن الحطاب أفسد الزرع ثم لم تمطر بقية السنة، وعلم أنه لو لم تفسد لم يتم الزرع سقط كراؤها، واختلف إن أذهبه السيل فروى محمد عليه الكراء وقال: -يريد إن أذهبه بعد الإبان- وأرى إن أذهب السيل وجه الأرض قبل الإبان أو بعده أن لا كراء عليه لأن منفعة الأرض في وجهها وهو المكترى وهو المقصود.

قلت: قوله اختلف يدل على قولين، ولا ثاني لما ذكر إلا اختياره .انتهى.

ص: **وإن غارت عين مكري سنين بعد زرعه أنفقت حصة سنة فقط** ش: ابن عرفة: وفيها لمن اكترى أرضا ثلاث سنين فزرعها ثم غارت عينها أو انهدمت بئرها وأبى ربها إصلاحها أن ينفق عليها حصة تلك السنة فقط من الكراء، وما زاد عليه فهو به متطوع. الصقلي عن محمد: إن كان قبضها ربها غرمه فإن كان عديما/ فللمكتري إنفاق قدره ويتبعه به، وإن كان ذلك في السنة الثانية فله إنفاق حصتها ولا ينفق عليها شيئا من حصة الأولى، فإن كان ذلك قبل أن يزرعها فقال أشهب لا شيء على ربها، وللمكتري أن يفسخ، فإن أنفق من عنده فلرب الأرض كراؤه كاملا، ولا شيء للمكتري فيما أنفق إلا في نقض قائم من حجر ونحوه يعطيه قيمته منقوضا أو يأمره بقلعه. 446

قلت: يجري الحكم بأن له ذلك ولو كره رب الأرض أو يأمره على ما تقدم في ذهاب الرحى بسيل أو قيمة النقض على ما تقدم في بناء المكتري بإذن رب الدار أو بغير إذنه. انتهى.

ص: **وإن تزوج ذات بيت ولو بكراء فلا كراء إلا أن تبين** ش: قال في كتاب كراء الدور والأرضين من المدونة: ومن نكح امرأة وهي في بيت اكترته سنة فدخل بها فيه وسكنا باقي المدة فلا كراء لها عليه ولا لربها، وهي كدار تملكها هي، إلا أن تبين له [إني[838]] بالكراء [أسكن[839]] فإما أديت أو خرجت. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي: يريد لأن العادة أن ذلك على وجه المكارمة، وإن كان يسكن بها في مسكن لأبيها أو أمها كان كمسكنها لا شيء لهما عن مدة ما كانت في العصمة، وأما الأخ والعم فالأمر فيهما مشكل فيحلف ويستحق إلا أن تطول المدة والسنون وهو لا يتكلم، ومثله إذا سكن عند أبويه ثم طلبا الكراء فلا شيء لهما وذلك لأخيه وعمه إن لم يقم دليل لهما على المكارمة. انتهى. والله أعلم.

ص: **والقول للأجير أنه [وصل[840]] كتابا** ش: قال في كراء الدواب من المدونة: وإن أجرت رجلا على تبليغ كتاب من مصر إلى إفريقية بكذا فقال بعد ذلك أوصلته وأكذبته فالقول قوله في أمد يبلغ في مثله لأنك ائتمنته عليه وعليك دفع كرائه، وكذلك الحمولة كلها، وقال غيره على المكري البينة أنه أوفاه حقه وبلغه غايته. انتهى. وقوله في المدونة: في أمد يبلغ في مثله يستفاد من قول المؤلف بعدُ إن أشبه فإنه عائد إلى الفروع الأربعة. والله أعلم. قال الشيخ أبو الحسن الصغير جعل

الحديث

---

838 *- في المطبوع أني وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص479.

839 *- ساقطة من المطبوع وم154 ويحيى198 ومايابى90 ويم25 وما بين المعقوفين من التهذيب ج3 ص479.

840 *- في يحيى198 ومايابى91 أوصل.

نص خليل وَفِي الأَجْرَةِ إنْ أَشْبَهَ وَحَازَ لاَ كَبَنَّاءٍ وَلاَ فِي رَدِّهِ فَلِرَبِّهِ وَإنْ بِلاَ بَيِّنَةٍ.

متن الحطاب القول قوله وإن كانت ذمته عامرة بما دفع فصدقه في أدائها ابن يونس كوكيل البيع يقول بعت ويقول الموكل لم تبع فالقول قول الوكيل. قال أبو إسحاق: ولعل ابن القاسم إنما أراد أن مثل هذا لا يحتاج إلى إثبات لأنه عرف عندهم، أو لتعذر ذلك فصار كالمشترط أن يصدق في قوله أوصلته، وإلا فهو إدخال في ذمة الذي أرسل إليه، وانظر مثل هذا ما قال في كراء الدور في مسألة الدم وفي كتاب الوكالات في مسألة اللؤلؤ، وانظر خلافها مسألة الصبرة في البيوع الفاسدة ومسألة الغرائر في السلم الثاني، وانظر ما هو أعم من هذا: الرسول يقول دفعت البضاعة من كتاب الشهادات وفي تضمين الصناع وفي كتاب الوكالات وفي غير ما موضع من الكتاب، وانظر وكيل البيع في المساقاة وفي الأيمان بالطلاق، وانظرها في النكاح في/ 447 المرأة توكل من يزوجها، وانظر لو مات الرسول في الطريق فإنه يكون له من الإجارة بحسب ما سار قال في العتبية فيمن استأجر رجلا على تبليغ غلام إلى موضع فيأبق في بعض الطريق إنه له بحساب ما سار، إلا أن يكون ذلك بمعنى الجعل. قال بعض الشيوخ: وكذلك مسألة الكتاب. الشيخ: وقول الغير بَيِّنٌ لا إشكال فيه؛ لأنه جار على الأصل .انتهى.

ص: وفي الأجرة إن أشبه وجاز ش: تصوره من كلام الشارح وابن غازي واضح، فإن اختلف الصانع والمصنوع له فطلب أحدهما نقد يوم التعاقد والآخر [نقد[841]] يوم الفراغ فقال في النوادر في كتاب تضمين الصناع إنه يقضى بنقد يوم التعاقد، ونصه في آخر ترجمة تفليس الصناع: وإذا طلب الصانع بعد فراغ المتاع نقد يومئذ لم يكن له إلا النقد الذي كان جاريا يوم دفع إليه، وكذلك المكري له نقد البلد الذي حمله منه لا نقد البلد الذي حمله إليه وإن لم يجر عنه ببلد حمل إليه. انتهى.

ص: ولا في رده فلربه ش: قال في كتاب الإجارة من المدونة: وإذا أقر الصانع بقبض متاع وقال عملته ورددته ضمن إلا أن يقيم بينة على الرد. أبو الحسن: زاد في تضمين الصناع قبضه ببينة أو بغير بينة. ابن يونس: فإن لم تقم بينة على الرد حلف ربه وأخذ قيمته بغير صنعة. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن ادعى على أحدهم فأنكر لم [يوخذ[842]] إلا ببينة أن المتاع قد دفع إليه وإلا حلف. انتهى. ونقله ابن يونس.

فرع: قال ابن عرفة في آخر الإجارة: وإن اختلف الأجير ومن آجره في مرضه أو عطلته في مدة الإجارة ففي قبول قول من آجره إن أواه إليه ليله [و[843]] نهاره، وإلا فالأجير، وعكسه ثالثها الأول في العبد وفي الحر قول الأجير مطلقا، ورابعها القول قوله مطلقا، وخامسها عكسه لابن عات عن ابن مغيث عن ابن القاسم وأصبغ وفتوى الشيوخ وعن اللخمي مع محمد مع أشهب وعن ابن حبيب مع ابن الماجشون وعن التونسي عن أصل ابن القاسم وغيره .انتهى.

الحديث ....

---

841 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 ومايابى91.

842 – في المطبوع ياخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 ويحيى208 ومايابى91 ويم26.

843 – في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 447 ومايابى91 ويم26.

نص خليل

وَإِن ادَّعَاهُ وَقَالَ سُرِقَ مِنِّي وَأَرَادَ أَخْذَهُ دَفَعَ قِيمَةَ الصَّبْغِ بِيَمِينٍ إِنْ زَادَتْ دَعْوَى الصَّانِعِ عَلَيْهَا وَإِن اخْتَارَ تَضْمِينَهُ فَإِنْ دَفَعَ الصَّانِعُ قِيمَتَهُ أَبْيَضَ فَلاَ يَمِينَ وَإِلاَّ حَلَفَا وَاشْتَرَكَا لاَ إِنْ تَخَالَفَا فِي لَتِّ السَّوِيقِ وَأَبَى مِنْ دَفْعِ مَا قَالَ اللاَّتُّ فَمِثْلُ سَوِيقِهِ وَلَهُ وَلِلْجَمَّالِ بِيَمِينٍ فِي عَدَمِ قَبْضِ الأُجْرَةِ وَإِنْ بَلَغَا الْغَايَةَ إِلاَّ لِطُولٍ فَلِمُكْتَرِيهِ بِيَمِينٍ.

متن الحطاب

ص: وإن ادعاه وقال سرق مني إلى قوله حلفا واشتركا ش: مشى رحمه الله على ما قيد به صاحب/ النكت والتونسي واللخمي قول ابن القاسم فجعل رب الثوب تارة يريد أخذه، وتارة يريد تضمين الصناع قيمته فقال إن أراد أخذه دفع قيمة الصبغ، ثم ينظر فإن زادت دعوى الصانع على قيمة الصبغ حلف رب الثوب ليسقط عنه الزائد على قيمة الصبغ من التسمية التي ادعى الصانع، وهذا معنى قول المؤلف: "بيمين إلى آخره" وقوله: "بيمين" متعلق بمحذوف أي أخذه بيمين، ومفهوم الشرط وهو قوله: "إن زادت دعوى الصانع عليها" أنها لو كانت دعواه مساوية لها أو أقل أخذه بغير يمين وهو كذلك، وأما إن اختار رب الثوب تضمين الصانع فإنه يقال للصانع ادفع له قيمة الثوب أبيض، فإن فعل فلا يمين على واحد منهما، وإن امتنع حلفا واشتركا، وكيفية حلفهما أن يبدأ برب الثوب فيقال احلف له أنك لم تستعمله؛ فإذا حلف قيل للصانع احلف أنه استعملك وإلا ادفع قيمة الثوب أبيض، فإن حلف قيل لربه ادفع قيمة عمله وخذه، فإن أبى قيل للصانع ادفع إليه قيمة ثوبه غير معمول، فإن أبى كانا شريكين هذا بقيمة ثوبه غير معمول وهذا بقيمة عمله. قال في المدونة: لأن كل واحد منهما مدع على صاحبه. قال جميع ذلك في التوضيح.

448

تنبيه: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وكذلك إن ادعى أن الصانع سرقه منه إلا أنه إن كان الصانع ممن لا يشار إليه بذلك عوقب رب الثوب، وإلا لم يعاقب. انتهى.

ص: لا إن تخالفا في لت السويق وأبى من دفع ما قاله اللات فمثل سويقه ش: قال أبو الحسن الصغير عن عياض: لت السويق بالتاء باثنتين من فوق هو بله بالسمن ونحوه. انتهى. ويشير المؤلف إلى قوله في كتاب الإجارة من المدونة: ومن لت سويقا بسمن وقال لربه أمرتني أن ألته لك بعشرة دراهم، وقال له لم آمرك أن تلته قيل لصاحب السويق إن شئت فاغرم له ما قال وخذ السويق ملتوتا، فإن أبى قيل للات: اغرم له مثل سويقه غير ملتوت، وإلا فأسلمه إليه بلتاته ولا شيء لك، ولا يكونان شريكين في الطعام لوجود مثله، وقال غيره إذا امتنع رب السويق أن يعطيه ما لَتَّهُ بِهِ قُضِيَ له على اللات بمثل سويقه غير ملتوت. انتهى. أبو الحسن: مسألة السويق هذه دائرة بين أن يقول ربه أودعتك إياه أو يقول سرق مني، فقوله في الكتاب وقال ربه لم آمرك بلته أعم من ذلك، وكذا لفظه في الأمهات، ونقلها عبد الحق بلفظ وقال ربه ما دفعت إليك شيئا. عبد الحق: فهذا مثل قوله في الثوب سرق مني، ثم ذكر قول ابن القاسم وقول الغير، وهل هو وفاق أو خلاف؟ والظاهر أن المؤلف حمله على الخلاف، وترك قول ابن القاسم لترجيح غيره عنده. انظر أبا الحسن وابن يونس والنكت. والله أعلم.

ص: وله وللجمال بيمين إلى قوله فلمكتريه بيمين ش: قال في كتاب كراء الرواحل: قال ابن القاسم: وإن قال المكتري دفعت الكراء وأكذبه الجمال وقد بلغ الغاية فالقول قول الجمال إن كانت

الحديث ....

نص خليل

وَإِنْ قَالَ بِمِائَةٍ لِبَرْقَةَ وَقَالَ بَلْ لإِفْرِيقِيَّةَ حَلَفَا وَفُسِخَ إِنْ عُدِمَ السَّيْرُ أَوْ قَلَّ وَإِنْ نُقِدَ وَإِلاَّ فَكَفَوْتِ الْمَبِيعِ وَلِلْمُكْرِي فِي الْمَسَافَةِ فَقَطْ إِنْ أَشْبَهَ قَوْلُهُ فَقَطْ أَوْ أَشْبَهَا وَانْتَقَدَ وَإِن لَّمْ يَنْتَقِدْ حَلَفَ الْمُكْتَرِي وَلَزِمَ الْجَمَّالَ مَا قَالَ إِلاَّ أَنْ يَحْلِفَ عَلَى مَا ادَّعَى فَلَهُ حِصَّةُ الْمَسَافَةِ عَلَى دَعْوَى الْمُكْتَرِي وَفُسِخَ الْبَاقِي وَإِنْ لَمْ يُشْبِهَا حَلَفَا وَفُسِخَ بِكِرَاءِ الْمِثْلِ فِيمَا مَشَى وَإِنْ قَالَ أَكْرَيْتُكَ لِلْمَدِينَةِ بِمِائَةٍ وَبَلَغَاهَا وَقَالَ بَلْ لِمَكَّةَ بِأَقَلَّ فَإِنْ نَقَدَهُ فَالْقَوْلُ لِلْجَمَّالِ فِيمَا يُشْبِهُ وَحَلَفَا وَفُسِخَ وَإِن لَّمْ يَنْقُدْ فَلِلْجَمَّالِ فِي الْمَسَافَةِ وَلِلْمُكْتَرِي فِي حِصَّتِهَا مِمَّا ذَكَرَ بَعْدَ يَمِينِهِمَا وَإِنْ أَشْبَهَ قَوْلُ الْمُكْرِي فَقَطْ فَالْقَوْلُ لَهُ بِيَمِينٍ وَإِنْ أَقَامَا بَيِّنَةً قُضِيَ بِأَعْدَلِهِمَا وَإِلاَّ سَقَطَتَا.

متن الحطاب

الحمولة بيده أو بعد أن سلمها بيوم أو يومين وما قرب وعلى المكتري البينة، وكذلك الحاج إن قام الكري بعد بلوغهم ما لم يبعد صدق مع يمينه، فإن تطاول ذلك فالمكتري مصدق مع يمينه إلا أن يقيم الجمال بينة، وكذلك قيام الصناع بحدثان رد المتاع، فإن قبض المتاع ربه وتطاول ذلك فالقول قول رب المتاع وعليه اليمين. انتهى. فقول المؤلف: "وله" أي [وللأجير ويشير[844]] إلى قوله في المدونة: وكذلك قيام الصناع إلى آخره، وقول المؤلف: "إلا لطول فلمكتريه" استثناء من مسألة الأجير والجمال، وإطلاق المكتري على المستأجر وعلى المكري سائغ. والله أعلم. قال أبو الحسن: قوله فإن تطاول ذلك فالمكتري مصدق مع يمينه، إلا أن يقيم الجمال البينة، ظاهره أن الجمال يقيم البينة أن المكتري لم يقبضه وليس الأمر كذلك ابن يونس: يريد على إقرار المكتري أنه لم يدفع إليه شيئا فيقضي بها

449 .انتهى. ويحتمل أن يكون الضمير في قوله: "له" راجعا لرب الأرض والدار/ المفهومة من السياق لأنه في فصل أكرية الدور والأرضين، والحكم في المسألة كذلك. قاله في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب أكرية الدور والأرضين وهي مسألة طويلة فراجعها.

ص: **وإن قال بمائة لبرقة وقال بل لإفريقية حلفا وفسخ إن [عدم[845]] السير** ش: قال في الكبير عن ابن المواز: ويبدأ صاحب الظهر باليمين. انتهى. قال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب السلم: سمعت شيخنا ينقل عن التونسي أن المراد بإفريقية حيثما وقعت في المدونة القيروان.

ص: **وإن قال أكريتك للمدينة بمائة وبلغاها وقال بل لمكة بأقل فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا وفسخ وإن لم ينقد فللجمال في المسافة [وللمكتري[846]] في حصتها مما ذكر بعد يمينهما وإن أقاما بينتين قضى بأعدلهما** ش: اعلم أن اختلافهما في المسألة الأولى إنما كان في

450 المسافة فقط، والخلاف بينهما/ في هذه المسألة في المسافة وفي قدر الكراء معا، وقد اختصر المصنف الكلام فيها تبعا للمدونة، فلم يذكر حكم ما إذا كان اختلافهما قبل الركوب أو بعد الركوب بيسير أو بعد ركوب كثير اعتمادا على ما تقدم في المسألة التي قبلها فإن الحكم فيها إذا تخالفا قبل الركوب أو بعد الركوب اليسير التحالف والتفاسخ كما تقدم، وأما بعد الركوب الكثير فالحكم في ذلك حكم ما إذا

الحديث

....

---

[844] *- في المطبوع للاجير يشير وما بين المعقوفين من م155 ويحيى199 ويم26.

[845] - في المطبوع علم وما بين المعقوفين من م155 ومايابى92.

[846] - في المطبوع وللمكري وما بين المعقوفين من ن عدود ص 449 ويحيى209 ومايابى92 ويم27.

نص خليل ....

متن الحطاب بلغا المدينة كما سيأتي في كلام الرجراجي. والله أعلم. وقوله: "فإن نقده فالقول للجمال فيما يشبه وحلفا [و[847]]فسخ" يعني أنه إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير فلا يخلو إما أن يكون اختلافهما قبل النقد أو بعده، فإن كان بعد أن انتقد الجمال الكراء فالقول قول الجمال فيما يشبه ويشير بذلك لقوله في كتاب كراء الرواحل من المدونة، ونصه: قال ابن القاسم ولو قال الكري أكريتك إلى المدينة بمائتين وقد بلغاها وقال المكتري بل إلى مكة بمائة فإن نقده المائة فالقول قول الجمال فيما يشبه لأنه ائتمنه ويحلف له المكتري في المائة الثانية ويحلف الجمال أنه لم يكره إلى مكة بمائة ويتفاسخان.

وقال الرجراجي: فإن أشبه قولهما أو قول الجمال فالقول قوله فيما انتقد مع يمينه، كان ما انتقد كل الذي ادعى أو بعضه ويحلف له المكتري فيما لم ينقده، وهذا الذي قاله الرجراجي خلاف ما قاله أبو الحسن الصغير، وهو ظاهر كلام ابن يونس، فإنه نقل عن ابن يونس أنه قال في كلام المدونة: هذا إذا أشبه ما قالاه جميعا، وأما إن أشبه قول [المُكري[848]] خاصة فإنه يحلف على دعوى المكتري [ويكون[849]] له [المائتان[850]] قاله فيما يأتي إذا لم ينقد فأحرى إذا انتقد. انتهى. وهو ظاهر ويمكن أن يقال إن قول المصنف بعد هذا: "وإن أشبه قول المكري فقط" عائدا إلى المسألتين جميعا؛ أعني مسألة الانتقاد وعدم الانتقاد، ولم يتكلم المصنف على ما إذا أشبه قول المكتري فقط، وقال الرجراجي القول قوله مع يمينه وتفض المائة على المسافتين، فما ناب المسافة المتفق عليها كان للمكري وما ناب المسافة المختلف فيها رده [الكري[851]] على المكتري يريد بعد حلف الجمال على أن الكراء إنما كان للمدينة. والله أعلم.

ثم قال: فإن نكل المكتري عن اليمين كان القول قول المكري ويأخذ ما ادعاه؛ لأن المكتري مكنه بنكوله، وإن لم يشبه قول واحد منهما فإنهما يتحالفان ويتفاسخان، ويكون للمكري في المسافة المتفق عليها كراء المثل، وقوله: "إن لم ينقد" هذا هو الشق الثاني من شقي المسألة؛ وهو ما إذا كان اختلافهما بعد أن بلغا المدينة يريد أو بعد السير الكثير ولكن لم ينتقد الكراء فقال المصنف: "القول للجمال في المسافة"، وللمكتري في حصتها مما ذكرا بعد يمينهما، وهذا الحكم إذا أشبه قول المكتري وحده أو أشبه قولهما معا، يبين ذلك قوله: "وإن أشبه قول المكري فقط فالقول له بيمين". قال في المدونة إثر كلامه السابق: وإن لم ينقده صدق الجمال في المسافة، وصدق المكتري في حصتها من الكراء [مما[852]] يذكر بعد أيمانهما، ويفض الكراء على ما يدعي المكتري، وقال هو وغيره وذلك إذا أشبه ما قالا أو ما قال المكتري، وأما إن أشبه قول المكري خاصة فالقول قوله، ويحلف على دعوى المكتري. انتهى.

وقال الرجراجي: فإن أشبه قول كل منهما أو انفرد المكتري بالشبه فالقول قوله مع يمينه، ويفض ما

الحديث ....

847 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 450 ويحيى209 ومايابى93.

848 - في المطبوع المكترى وما بين المعقوفين من ن ذي ص450 ويم27 ويحيى199 وم156.

849 *- في يحيى199 وتكون.

850 *- في المطبوع المائة وما بين المعقوفين من يحيى199 ويم27.

851 *- في يم27 المكري.

852 - في المطبوع الذي ويحيى209 ومايابى93 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 450.

نص خليل وَإِنْ قَالَ اكْتَرَيْتُ عَشْرًا بِخَمْسِينَ وَقَالَ خَمْسًا بِمِائَةٍ حَلَفَا وَفُسِخَ وَإِنْ زَرَعَ بَعْضًا وَلَمْ يَنْقُدْ فَلِرَبِّهَا مَا أَقَرَّ بِهِ الْمُكْتَرِي إِنْ أَشْبَهَ وَحَلَفَ.

متن الحطاب أقر به من الكراء على المسافتين، فما ناب مسافة المدينة كان للمكري، وما ناب مسافة مكة سقط عن المكتري، ويكون له الركوب إلى المدينة إن اختلفا قبل بلوغها، وإن أشبه قول المكري فقط فالقول قوله مع يمينه، ويكون له جميع ما ادعاه، وبقي وجه لم يتكلم عليه المصنف؛ وهو ما إذا لم يشبه قول واحد منهما، والحكم في ذلك كما قال الرجراجي أن يتحالفا، ويكون للمكري كراء المثل في المسافة المتفق عليها بالغا ما بلغ، ومن نكل منهما قبل عليه قول صاحبه. والله أعلم.

451 **فرع:** [إذا[853]] اختلفا فيمن يبدأ [باليمين[854]] فإنهما يقترعان. / نقله أبو الحسن الصغير. وقوله: "وإن أقاما بينتين قضي بأعدلهما وإلا سقطتا" إنما نبه على هذه المسألة وإن كان الحكم في تعارض البينتين كذلك لينبه على [قول غير[855]] ابن القاسم في المدونة فإنه قال: أقبل بينة كل منهما إذا كانت عادلة؛ لأن كل واحد منهما ادعى فضلة أقام عليها بينة فأقضي بأبعد المسافتين وبأكثر الثمنين، وليس هذا من التهاتر، وسواء انتقد أو لم ينتقد. والله أعلم.

مسألة: قال في كراء الرواحل: وإن طلب الجمال نقد الكراء قبل الركوب أو بعد السير القريب فامتنع المكتري حملا على سنة الناس في نقد الكراء أو تأخيره، وإن لم يكن لهم سنة كان كالسكنى لا يعطيه إلا بمقدار ما سكن، وإن عجل الكراء من غير شرط فلا رجوع له فيه، فإن أراد أحدهما نقد البلد الذي بلغا إليه، وطلب الآخر نقد بلد التعاقد قضى بنقد البلد الذي عقدا فيه الكراء. انتهى. انظر المشذالي في هذا المحل، فإنه ذكر اختلافهما في كراء الدور، وانظر أبا الحسن.

فائدة: قال أبو الحسن: يقال الكري والمكاري والمكري لبائع المنافع، ويقال المكتري والمتكاري لمشتريها، حيث دخلت التاء فهو مشتري المنافع، وجمع المكري مكرون، وجمع الكري أكرياء، وجمع المكتري مكترون. انتهى.

ص: وإن قال اكتريت عشرا بخمسين وقال بل خمسا بمائة حلفا وفسخ ش: يريد إذا كان ذلك بحضرة الكراء ولم يزرع شيئا يبينه مقابلته له بقوله: "وإن زرع إلى آخره" وهو كقوله في المدونة: فإن كان بحضرة الكراء تحالفا وتفاسخا. أبو الحسن: ولا يراعى الأشبه، وظاهره انتقد أم لا، وهذا مذهب ابن القاسم؛ لأنه لم يجعل النقد فوتا. انتهى.

ص: إن أشبه وحلف ش: أي إن أشبه قوله ويحلف، وهو كقوله في المدونة فلربها فيما مضى ما أقر به المكتري إن أشبه تغابن الناس. أبو الحسن: ظاهره وإن أشبه مع ذلك قول الآخر فهذان وجهان. انتهى. الأول إذا أشبه قول المكتري فقط . الثاني إذا أشبها. قال ابن يونس: قوله فلربها ما أقر به المكتري لأنه غارم وهو خمسة في كل سنة. انتهى.

الحديث ....

---

853 *- في المطبوع وإذا وما بين المعقوفين من يم27 وم156 ومايابى93 وفي يحيى200 لو اختلفا.

854 *- في المطبوع باليمن وما بين المعقوفين من م156 ويم27 ويحيى200 ومايابى93.

855 *- في المطبوع غير قول وما بين المعقوفين من م156 ويحيى200 ومايابى94.

نص خليل وَإِلاَّ فَقَوْلُ رَبِّهَا إِنْ أَشْبَهَ فَإِن لَّمْ يُشْبِهَا حَلَفَا وَوَجَبَ كِرَاءُ الْمِثْلِ فِيمَا مَضَى وَفُسِخَ الْبَاقِي مُطْلَقًا وَإِن نُّقِدَ فَتَرَدُّدٌ. باب صِحَّةُ الْجُعْلِ بِالْتِزَامِ أَهْلِ الإِجَارَةِ جُعْلاً عُلِمَ يَسْتَحِقُّهُ السَّامِعُ بِالتَّمَامِ.

متن الحطاب ص: **وإلا فقول ربها إن أشبه** ش: يريد مع يمينه. قال في المدونة: وإن لم يشبه أي قول المكتري قبل قول ربها مع يمينه. أبو الحسن: قوله وإن لم يشبه يريد أو نكل فالقول قول ربها، وهذا وجه ثالث. انتهى. والرابع إذا أتيا معا بما لا يشبه. والله أعلم.

ص: **وفسخ الباقي مطلقا** ش: هو كقوله في المدونة: ويفسخ باقي المدة على كل حال. أبو الحسن: يعني في الوجوه الأربعة.

ص: **وإن نقد فتردد** ش: أجمل رحمه الله في ذكر هذا التردد ولم يبين ذلك شراحه، وإنما يتبين ذلك بذكر كلام المدونة وشراحها. قال فيها في كراء الدور بعد أن ذكر الأوجه الأربعة المتقدمة: وهذا إذا لم ينقد. قال أبو الحسن: مفهومه لو نقد لكان القول قول ربها ولا يفسخ بقية الخمس سنين، فيكون كقول الغير ومخالفا لقوله، ويفسخ باقي المدة على كل حال، فقيل معنى قوله: "وهذا إذا لم ينقد" أي هذا الذي سمعت من مالك، ولم أسمع منه إذا انتقد والحكم عنده سواء فيهما، لكن يعترض هذا بقوله: ومن قول مالك أن رب الأرض والدابة والدار مصدق في الغاية فيما يشبه وإن لم ينتقد؛ إذ هذا الكلام يظهر منه أنه مصدق إذا انتقد؛ إذ هو من باب أولى، وهذا يعطي سماعه للوجهين، وقيل إنه يعود على أول المسألة، وهذا إذا زرع سنة أو سنتين إلا أن فيه تكرارا. انتهى.

ونص قول الغير فيها: قال غيره: إذا انتقد فالقول قول ربها مع يمينه فيما يشبه من المدة، فإن لم يأت بما يشبه وأتى المكتري بما يشبه صدق فيما سكن على ما أقر به، ويرجع ببقية المال على ربها بعد يمينه على ما ادعى عليه ويمين المكري فيما ادعى عليه/ من طول المدة، وإن لم يشبه واحد منهما تحالفا وفسخ الكراء، وعلى المكتري قيمة كراء ما سكن، وإن أتيا بما يشبه صدق رب الأرض لأنه انتقد مع يمينه. انتهى. فجعله إذا أتى رب الأرض بما يشبه لا ينفسخ، وكذا إذا أتيا معا بما يشبه فيكون في هذين الوجهين مخالفا لما تقدم فيما إذا لم ينتقد، فمن الشيوخ من حمل قول ابن القاسم، وهذا إذا لم ينتقد على معنى أنه إن انتقد فلا يفسخ، يريد في هذين الوجهين، ويكون قول ابن القاسم موافقا لقول الغير، ومنهم من يرى أن مذهب ابن القاسم أنه يفسخ مطلقا، ويكون قول الغير خلافا، وهو تأويل ابن يونس فإنه قال: هذا الذي ذكر الغير غير موافق لقول ابن القاسم إلا قوله إذا أشبه قول ربها أو أشبه ما قالا إن المكترى يلزمه أن [يسكن ما[855]] أقر به [المكري[856]] فهذا يخالف فيه ابن القاسم ويرى أنهما يتحالفان ويتفاسخان في بقية المدة لأنها كسلعة قائمة لم تقبض. والله أعلم.

452

ص: **باب صحة الجعل بالتزام أهل الإجارة جعلا علم** ش: قال ابن عرفة: [الجعل عقد[857]] معاوضة على عمل آدمي بعوض غير ناشيء عن محله به لا يجب إلا بتمامه لا بعضه ببعض فيخرج

الحديث ....

[855] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى210 ومايابى95 ويم28.
[856] – في المطبوع المكتري وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى210 ومايابى95 ويم28.
[857] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويحيى210 ومايابى95 ويم28.

نص خليل كَكِرَاءِ السُّفُنِ إلاَّ أنْ يَسْتَأجِرَ عَلَى التَّمَامِ فَبِنِسْبَةِ الثاني وَإن اسْتُحِقَّ وَلَوْ بِحُرِّيَّةٍ.

متن الحطاب كراء السفن والمساقاة والقراض، وقولنا: "به" خوف نقض عكسه بقوله إن أتيتني بعبدي الآبق فلك عمله كذا أو خدمته شهرا لأنه جعل فاسد لجهل عوضه [والمعرف[858]] حقيقته المعروضة للصحة والفساد [وأوجز[859]] منه معاوضة على عمل آدمي يجب عوضه بتمامه لا بعضه ببعض. فتخرج المساقاة والإجارات لاستحقاق بعضه ببعضه فيهما، والقراض لعدم وجوب عوضه لجواز تجره ولا ربح، وقول ابن رشد: "هو جعل الرجل جعلا على عمل رجل لو لم يكمله لم يكن له شيء". ينتقض بالقراض. انتهى. والضمير في قوله به يعود للعمل أي بعوض غير ناشيء عن محل العمل بسبب ذلك العمل فتخرج المغارسة والقراض [وتدخل الصورة التي ذكرها؛ لأنها وإن كانت[860]] بعوض ناشيء عن محل العمل لكن ليس ذلك العوض ناشئا بسبب العمل فتأمله. وقال في التوضيح: الأصل في الجعالة قوله تعالى: ﴿ ولمن جاء به حمل بعير ﴾ وحديث الرقية[1]. انتهى. قال ابن عرفة بعد ذكر الحديث: قلت: تمسك به غير واحد من أشياخ المذهب في جواز الجعل، وفيه نظر لجواز كون/ إقراره صلى الله عليه وسلم على ذلك لاستحقاقهم إياه بالضيافة فأجاز لهم استخلاص ذلك بالرقية [وهو[861]] رخصة اتفاقا. انتهى. وقد بحث ابن ناجي مع ابن عرفة في رد الاستدلال المذكور، والصواب مع ابن ناجي. فتأمله. والله أعلم. 453

ص: **ككراء السفن** ش: تصوره واضح.

فرع: قال في [أول[862]] رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الرواحل: قال مالك في النفر [يتكارون[863]] السفينة فيحملون فيها طعاما لهم، فإذا بلغوا قال أول من يمر بمنزله منهم أنا آخذ طعامي فأخذ طعامه، ثم إن السفينة غرقت؟ قال: ليس عليه تبعة لأصحابه، أذنوا في ذلك أم لم يأذنوا، وليس عليه أن يبلغ معهم

الحديث 1- عن أبي سعيد الخدري قال كنا في مسير لنا فنزلنا فجاءت جارية فقالت إن سيد الحي سليم وإن نفرنا غيب فهل منكم راق فقام معها رجل ما كنا نأبنه برقية فرقاه فبرأ فأمر له بثلاثين شاة وسقانا لبنا فلما رجع قلنا له أكنت تحسن رقية أو كنت ترقي قال ما رقيت إلا بأم الكتاب قلنا لا تحدثوا شيئا حتى نأتي أو نسأل النبي صلى الله عليه وسلم فلما قدمنا المدينة ذكرناه للنبي صلى الله عليه وسلم فقال وما كان يدريه أنها رقية اقسموا واضربوا لي بسهم، البخاري في صحيحه، كتاب فضائل القرآن، دار الفكر 1981، ج6 ص103.

858 – في المطبوع والمعروف ويحيى210 ومايابى95 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويم28.
859 – في المطبوع أوجزاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ومايابى95 ويم28.
860 – في المطبوع لأنه ومايابى95 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 452 ويم28.
861 *– ساقطة من المطبوع والمخطوطة وقد وردت في ابن عرفة في أول الجعل ج3 ص306.
862 *– في المطبوع أوائل وما بين المعقوفين من يم28 ومايابى95 ويحيى201 وم157.
863 – في المطبوع يتكادون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 453 ومايابى95.

نص خليل ....

متن الحطاب يكتالوا فينقص الكيل فيكون عليه بقدر طعامه. ابن رشد: المعني في هذه المسألة أنهم اكتروا السفينة على أن يحمل فيها الطعام إلى منازلهم فوجب [كلما[864]] مر أحد منهم بمنزله أن يأخذ طعامه لأنه على ذلك حمله، فإن نقص الطعام بعد ذلك كان عليه من النقصان بحسب طعامه يرجع به عليه لأنه حمله معهم على سبيل الشركة، وكذا لو وجد أسفل القمح قد اسود لموج ركبه، إلا أن يعلم أن فساده إنما كان بعد أخذ طعامه فلا يكون عليه في ذلك تبعة، كما لو غرق المركب بعد أخذه طعامه فذهب بما فيه، وأما لو حملوا الطعام في سفينة إلى بلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فخلطوه أو اختلط لم يكن لأحد منهم أن يأخذ طعامه بالطريق إلا أن يرضي أصحابه، مخافة أن يكون أسفل طعامه فاسدا أو يفسد بعد ذلك أو ينقص في الكيل، فإن أخذ طعامه من الطريق برضا أصحابه لم يكن لهم عليه تباعة إن ألفوه فاسدا أو نقص كيله على ما قاله في رسم الأقضية الثاني [من[865]] [سماع[866]] أشهب من كتاب الشركة، وما يأتي له بعد هذا في رسم حلف، وفي رسم أخذ يشرب خمرا، ومن الناس من ذهب إلى أن رواية أشهب معارضة لهذه الرواية، والصحيح أن لا تعارض بينهما ولا اختلاف على ما بيناه. انتهى. وقال في رسم حلف من سماع ابن القاسم من الكتاب المذكور: وسئل عن رجل حمل طعاما من الريف في سفينة فمر بأخ له في قرية أخرى فقال أفي سفينتك فضل تحمل لي مائة إردب؟ قال نعم. وقد كان الأول حمل فيها خمسمائة إردب فألقى طعامه من فوق طعام صاحبه فانخرق المركب فدخل الماء في أسفله فأصاب منه نحو خمسين إردبا وهو يعلم أنه لم يصل إلى طعام الرجل الذي كان حمله فوق طعامه الأول قال أراهما في ذلك شريكين. قلت: إنه لم يصل إلى الأول. قال: قد حملاه على وجه الشركة [وخلطاه.[867]] ابن رشد: مضى القول في/ معنى هذه المسألة، وقال في رسم أخذ يشرب خمرا من السماع المذكور: قال مالك في الطعام الذي في السفينة الذي فسد بعضه ولم يفسد بعضه: إن كان كل واحد طعامه محجوز على حدته قد حازه بشيء جعله حاجزا فيما بين القمح فأرى أن من سلم منهم فله ما سلم ومن أصيب منه بما أصابه، أو اسود لموج ركبه فمصيبته من صاحبه، وإن كانت تلك التي حجزوها قد انخرق بعضها إلى بعض حتى اختلط الطعام كانوا شركاء جميعا فيما فسد لهم وضاع، يأخذ كل واحد منهم بحصة طعامه. ابن رشد: قوله إن الطعام إذا انخرق ما حجز به بين طعام كل واحد 454

الحديث ....

---

864 *- في المطبوع ويحيى201 كل ما وما بين المعقوفين من مايابى95 ويم28.

865 *- في المطبوع عن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى95.

866 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ذي ص453.

867 *- في المطبوع وخلط وما بين المعقوفين من يحيى201 وفي يم28 وخلطا.

نص خليل

بِخِلاَفِ مَوْتِهِ بِلاَ تَقْدِيرِ زَمَنٍ إلاَّ بِشَرْطِ تَرْكٍ مَّتَى شَاءَ وَلاَ نَقْدٍ مُشْتَرَطٍ فِي كُلِّ مَا جَازَ فِيهِ الإجَارَةُ بِلاَ عَكْسٍ وَلَوْ فِي الْكَثِيرِ إلاَّ كَبَيْعِ سِلَعٍ كَثِيرَةٍ لاَ يَأْخُذُ شَيْئًا إلاَّ بِالْجَمِيعِ وَفِي شَرْطِ مَنْفَعَةِ الْجَاعِلِ قَوْلاَنِ وَلِمَن لَّمْ يَسْمَعْ جُعْلُ مِثْلِهِ إن اعْتَادَهُ كَحَلِفِهِمَا بَعْدَ تَخَالُفِهِمَا وَلِرَبِّهِ تَرْكُهُ وَإلاَّ فَالنَّفَقَةُ وَإنْ أَفْلَتَ فَجَاءَ بِهِ آخَرُ فَلِكُلٍّ نِّسْبَتُهُ وَإنْ جَاءَ بِهِ ذُو دِرْهَمٍ وَذُو أَقَلَّ اشْتَرَكَا فِيهِ وَلِكِلَيْهِمَا الْفَسْخُ وَلَزِمَتِ الْجَاعِلَ بِالشُّرُوعِ وَفِي الْفَاسِدِ جُعْلُ الْمِثْلِ إلاَّ بِجُعْلٍ مُّطْلَقًا فَأَجْرَتُهُ.

متن الحطاب

فاختلط أنه يحكم بينهم فيما فسد منه بحكم الشركة فهو صحيح؛ إذ لا فرق بين أن يحملوه على الشركة أو يختلط بغير اختيارهم فيما يجب من أن يكونوا شركاء فيه بحسب ما لكل واحد منهم. انتهى.

وفي رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من الشركة: وسئل عن القوم يحملون الطعام من القمح في السفينة الواحدة يختلط بعضه ببعض ثم يريد بعضهم البيع بالطريق فقال: لا أرى له ذلك إلا أن يَرْضَى أصحابه بأن يعطوه؛ لأني أخاف أن يكون أسفل الطعام فاسدا، أو يمطروا بعد ذلك فيفسد القمح فلا أرى لواحد منهم أن يأخذ حتى يبلغوا جدة فيقتسمونه الفاسد والجيد إلا أن يرضي أصحابه أن يسلموا له حقه فأرى ذلك، ولا أرى [لهم عليه[868]] تباعة إذا نزلوا فوجدوا القمح فاسدا.

قلت: المعنى في هذه المسألة أنهم حملوا الطعام في السفينة على أن يمروا لبلد واحد لتجارة أو لغير تجارة فلذلك لم ير لواحد منهم أن يأخذ طعامه إذا كان قد اختلط بمنزلة أن لو كانوا خلطوه وحملوه على الشركة لأن اختلاطه يوجب اشتراكهم فيه، وذلك بخلاف ما لو حملوه على أن يمروا به على منازلهم [فاختلط، أو كانوا هم قد خلطوه وحملوه على ذلك فإنهم إذا حملوه على أن يمروا به إلى منازلهم[869]] كان من حق من يمر منهم بمنزله أولا أن يأخذ طعامه فيه، ولا يكون لأصحابه عليه تبعة إلا أن ينقص الطعام،أو يكون قد أصابته آفة على ما قاله في أول رسم من سماع ابن القاسم من كراء

الحديث

....

---

[868] – في المطبوع له عليهم وما بين المعقوفين من البيان، ج12 ص22.

[869] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ذي ص454.

نص خليل ....

متن الحطاب الرواحل حسبما بيناه في ذلك فليس هذا بمخالف لها، ومن الناس من حملها على الخلاف، وليس ذلك عندي بصحيح. والله أعلم. انتهى. وتقدم في باب القسمة عند قول المصنف: "لا شهادته" عن البرزلي أن السفن إذا اختلط فيها الطعام المشحون أنه يقبل كل واحد فيما ذكر بعد يمينه إذا ادعى ما يشبه وقال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة من سماع ابن القاسم من كتاب البضائع والوكالات وسئل عن الرجل يبعث معه قوم ببضائع لهم في قمح فيجمع ذهبهم فيشتري لهم دفعة واحدة ثم يصاب ذلك الطعام قال لا يشبه هذا الذي ذكرت من الدقيق، وليس بهذا بأس، ولا ضمان عليه.

قلت: هذا كما قال ومثله لابن القاسم من كتاب ابن المواز قال: وكذلك كل ما ينقسم بكيل أو وزن يشتريه لهم مشاعا ثم يقسمه وأما ما لا يقسم إلا بالقيمة فهذا يضمن، قال محمد: بخلاف العامل في القراض يخلط أموال المقارضين فيما يقسم بالقيمة لأنه إليه البيع، وليس ذلك للأول. انتهى.

ص: **بخلاف موته** ش:

فرع: ولو أعتقه سيده فقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة. قال عبد الملك: ومن جعل في آبق جعلا ثم أعتقه فلا شيء لمن وجده بعد ذلك وإن لم يعلم بالعتق، ولو أعتقه بعد أن وجده كان له جعله فإن كان عديما فذلك في رقبة العبد لأنه بالقبض وجب له الجعل. قال أحمد: إن كان العتق بعد القدوم فكما قال، وإن أعتقه بعد علمه أنه وجده لزمه جعله، وإن لم يجد عنده لم يصح عتق العبد حتى يقبض هذا جعله مبدأ على الغرماء. أحمد: كالمرتهن. انتهى.

455 ص: **في كل ما جاز فيه الإجارة** ش:/ قال في الذخيرة: الركن الثالث: العمل، وفي الجواهر: هو كل عمل يجوز الاستئجار عليه، لكن لا يشترط كونه معلوما تحصيلا لمصلحة العقد، احترازا ممن وجد آبقا أو ضالا بغير عمل فلا جعل له وممن عرف مكانه فدل عليه لأن ذلك واجب عليه. انتهى. وقال قبله في مسألة طلب الآبق: فإن طلب من يعلم موضعه فلا شيء له؛ لأن ذلك واجب عليه. انتهى. قال في الكتاب في شروط المعقود عليه: الأول: أن يكون مما لا يلزم المجعول له عمله، فإن كان مما يلزمه لم يجز له أخذ الجعل عليه مثل أن يجد آبقا من غير عمل لأن رده واجب عليه. انتهى. وقال ابن سلمون: ومن رد آبقا أو ضالة من غير عمل؛ فلا جعل له على رده ولا على دلالته لوجوب ذلك عليه. انتهى. وقال في النوادر في كتاب الجعل والإجارة: وإنما يجوز الجعل على طلب عبد يجهل مكانه، فأما من وجد آبقا أو ضالا أو ثيابا فلا يجوز له أخذ الجعل على رده ولا على أن يدله على مكانه، بل ذلك واجب عليه،

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب فأما من وجد ذلك بعد أن جعل ربه فيه جعلا فله الجعل، علم بما جعل فيه أو لم يعلم، تكلف طلب هذه الأشياء أم لم يتكلف، وإن وجده قبل أن يجعل ربه فيه شيئا فانظر؛ فإن كان ممن يطلب الأباق وقد عرف بذلك فله جعل مثله، وإن لم يكن ممن نصب لذلك نفسه فليس له إلا نفقته، وكذلك لو جاء به بدأ ولم يبذل ربه فيه جعلا، وكذلك قال ابن الماجشون وأصبغ، وكله قول مالك، وقال ابن الماجشون في كتابه: إذا كان ليس من شأنه طلب الأباق فلا جعل له ولا نفقة قولا مجملا. انتهى.

مسألة: إذا كان الآبق في موضع بعيد ونفقته تستغرق الجعل الذي جعل عليه فليرفع المجعول له الأمر للقاضي ليبيعه ويحكم بجعله، فإن جاء به فليس له غير الجعل الذي جعل له. انتهى من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الجعل والإجارة.

الحديث ....

نص خليل

باب مَوَاتُ الأَرْضِ مَا سَلِمَ عَنِ الاِخْتِصَاصِ بِعِمَارَةٍ وَلَوِ انْدَرَسَتْ إلاَّ لإِحْيَاءٍ وَبِحَرِيمِهَا كَمُحْتَطَبٍ وَمَرْعًى يُلْحَقُ غُدُوًّا وَرَوَاحًا لِبَلَدٍ وَمَا لاَ يُضَيِّقُ عَلَى وَارِدٍ وَلاَ يَضُرُّ بِمَاءٍ لِبِئْرٍ وَمَا فِيهِ مَصْلَحَةٌ لِنَخْلَةٍ وَمَطْرَحِ تُرَابٍ وَمَصَبِّ مِيزَابٍ لِدَارٍ وَلاَ تَخْتَصُّ مَحْفُوفَةٌ بِأَمْلاَكٍ وَلِكُلٍّ الاِنْتِفَاعُ مَا لَمْ يَضُرَّ بِالآخَرِ وَبِإِقْطَاعِ الإِمَامِ وَلاَ يُقْطِعُ مَعْمُورَ الْعَنْوَةِ مِلْكًا.

متن الحطاب

ص: باب موات الأرض ما سلم عن الاختصاص بعمارة ولو اندرست ش: هذا باب إحياء الموات، والموات بفتح الميم، ويقال موتان بفتح الميم والواو الأرض التي ليس لها مالك ولا بها ماء ولا عمارة ولا ينتفع بها إلا أن يجري إليها ماء أو تستنبط فيها عين أو يحفر فيها بئر، ويقال لها ميتة، والموات بضم الميم، ويقال الموتان بضم الميم أيضا الموت الذريع، وبدأ المؤلف رحمه الله بتعريف الموات إما لأنه السابق في الوجود فلتقدمه طبعا قدمه وضعا، وإما لأن حقيقة الموات متحدة، والإحياء يكون بأمور كل منها مضاد للموات فاحتاج إلى ذكره أولا ليذكر أضداده، والتعريف المذكور تبع المصنف فيه ابن الحاجب، وهو تبع ابن شاس، وهو تبع الغزالي، وهو قريب مما [قاله[871]] أهل اللغة في معناه، وقال ابن عرفة: إحياء الموات لقب لتعمير داثر الأرض بما يقتضي عدم انصراف المعمر عن انتفاعه بها، وموات الأرض قال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى ابن القاسم من كتاب السداد والأنهار: روى ابن غانم موات الأرض هي التي لا نبات بها؛ لقوله تعالى: ﴿ والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها ﴾ فلا يصح الإحياء إلا في البوار، ثم قال بعد ذكره كلام ابن الحاجب: فتبع مع ابن شاس الغزالي، وتركا رواية ابن غانم وهي أجلى لعدم توقف تصور مدلولها على الاختصاص وموجبه. انتهى.

3 وقال في اللباب: حقيقة الإحياء العمارة، والموات ما لم يعمر من الأفنية، وحكمه الجواز، وهي سبب في الملك،/ وحكمة مشروعيته الرفق والحث على العمارة. انتهى.

ص: إلا لإحياء ش: قال في التوضيح عن ابن رشد: وإنما يكون الثاني أحق إذا طالت المدة بعد عوده إلى حالته الأولى، وأما إن أحياه الثاني بحدثان عوده إلى الحالة الأولى فإن كان عن جهل منه بالأول فله قيمة عمارته قائمة للشبهة، وإن كان عن معرفة [به[872]] فليس له إلا قيمة عمارته منقوضة بعد يمين الأول أن تركه إياه لم يكن إسلاما له، وأنه على نية إعادته. انتهى.

[**قلت:**[873]] وينبغي أن يقيد بأن لا يكون الأول علم بعمارة الثاني وسكت عنه، وإلا كان سكوته دليلا على تسليمه إياه فتأمله. والله أعلم.

ص: وما لا يضيق على وارد ولا يضر بماء بئر ش: قال الشارح: وقال ابن نافع حريم البئر العادية خمسون، والتي ابتدئ عملها خمسة وعشرون. انتهى. والعادية بالتشديد. قال في النهاية لابن الأثير: شجرة عادية أي قديمة؛ كأنها تنسب إلى عاد وهم قوم هود عليه السلام، وكل قديم ينسبونه إلى عاد وإن لم يدركهم. انتهى. ففهم من كلامه أن العادية بتشديد الياء، وفي الصحاح: وشيء عادي أي قديم كأنه منسوب إلى عاد.

ص: ولا يقطع معمور العنوة ش: قال في كتاب التجارة لأرض الحرب من التنبيهات: وأرض العنوة بفتح العين التي غلب عليها قهرا. انتهى.

الحديث

....

---

871 - في المطبوع 1328هـ طباعة دار السعادة قال وما بين المعقوفين من ن يم1 وم1.

872 - ساقط من المطبوع ويحيى وما بين المعقوفين من ن ذي ص 3 م1 ويم1 ومايابى1.

873 - في المطبوع انتهى تنبيه وما بين المعقوفين ن ذي ص3 م1 يم1 يحيى1 ومايابى2.

نص خليل وَبِحِمَى إِمَامٍ مُحْتَاجًا إِلَيْهِ قلَّ مِنْ بَلَدٍ عَفَا لِكَغَزْوٍ.

متن الحطاب ص: وبحمى إمام محتاجا إليه قل من بلد عفا لكغزو ش: يعني أن الوجه الرابع من أوجه الاختصاص التي تمنع إحياء الموات الحمى يحمى للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي/ ، والحمى بكسر الحاء المهملة وفتح الميم، والقصر هو المكان الذي يمنع رعيه ليتوفر فيه الكلأ فترعاه مواش مخصوصة ويمنع غيرها من رعيه، والكلأ بالهمز من غير مد هو المرعى رطبا كان أو يابسا، والخلا بالقصر من غير همز النبات الرطب. قال في المشارق: وضبطه السمرقندي والعذري [مرة[874]] بالمد وهو خطأ، وقال الحافظ ابن حجر: ومن مده فقد أخطأ والحشيش هو العشب اليابس، وظاهر كلام صاحب القاموس أن الحمى يجوز فيه المد، ولم يحك في المشارق فيه إلا القصر، وسيأتي لفظه، فالحمى بمعنى المحمي فهو مصدر بمعنى المفعول، وهو خلاف المباح وتثنيته حميان، وحكى الكسائي أنه سمع في تثنيته حموان بالواو، والصواب الأول لأنه يائي، وأصل الحمى عند العرب أن الرئيس منهم كان إذا نزل منزلا مخصبا استعوى كلبا على مكان عال فحيث. انتهى. صوته حماه من كل جانب، فلا يرعى فيه غيره ويرعى هو مع غيره فيما سواه، وأما الحمى الشرعي فهو أن يحمي الإمام موضعا لا يقع به التضييق على الناس للحاجة العامة إلى ذلك؛ إما للخيل التي يحمل عليها الناس للغزو، أو لماشية الصدقة. قاله الباجي، ونقله عنه ابن عرفة، وهو قريب من كلام المصنف الذي ذكره هنا، فإنه ذكر للحمى شروطا أربعة: الأول أن يكون الحامي هو الإمام؛ يريد أو نائبه كما سيأتي التنبيه على ذلك، وإليه أشار بقوله: "حمى إمام" فليس لآحاد الناس أن [يحمي.[875]] والشرط الثاني أن يكون ذلك الحمى محتاجا إليه أي لمصلحة المسلمين، إما لخيل المجاهدين والإبل التي يحمل عليها للغزو أو لماشية الصدقة. قال الشافعية: ويجوز للإمام أن يحمي للضعفاء من المسلمين لترعاه مواشيهم ويمنع منه الأغنياء، وكذلك يجوز للإمام أن يحمي للمسلمين، ويمنع منه أهل الذمة، ولا يجوز العكس في المسألتين.

قلت: والظاهر أن هذا جار على مذهبنا كما يؤخذ من حديث الموطإ الآتي، وقوله {أدخل رب الصريمة والغنيمة[1]}، وإلى هذا أشار بقوله: "محتاجا إليه لكغزو" فقوله: "لكغزو" متعلق بقوله: "محتاجا إليه" فهو من تتمة الشرط الثاني، وأتي بالكاف في قوله لكغزو ليدخل ماشية الصدقة، وما ذكرناه بعد هذا فلا يجوز للإمام أن يحمي لنفسه؛ لأن ذلك من خصائصه صلى الله عليه وسلم؛ أعني أن يحمي لنفسه كما تقدم في الخصائص، قالوا ولم يقع ذلك منه صلى الله عليه وسلم. قال الشيخ زكريا: ولو وقع لكان في ذلك مصلحة للمسلمين؛ لأن ما كان مصلحة له صلى الله عليه وسلم فهو مصلحة لهم، وهو كلام صحيح. الشرط الثالث أن يكون ذلك قليلا لا يضيق على الناس، بل يكون فاضلا عن منافع أهل ذلك الموضع، وإليه أشار بقوله: "قل"، وصرح بذلك ابن الحاجب على ما في نسخة المصنف في التوضيح ويؤخذ من كلام سحنون الآتي فلا يجوز أن يكون الحمى كثيرا يضر بالناس ويضيق عليهم. الشرط الرابع أن يكون في المواضع التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء، وإلى ذلك أشار بقوله:

الحديث 1- حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المومنين أفتاركهم أنا -لا أبا لك- فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. الموطأ، كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث1890، ط. دار الفكر.

874 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 4 ويحيى ص 1 يم2 م1 ومايابى2.

875 *- وعلق عليها الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب أن يحموا.

نص خليل ....

متن الحطاب "من بلد عفا" أي ليس لأحد فيه أثر بناء ولا غرس، والمراد بالبلد الأرض وأعاد الضمير عليها مذكرا اعتبارا بلفظ البلد فلا يجوز أن يكون الحمى في المواضع المعمورة بالبناء والغرس، وأشار المصنف رحمه الله بما ذكره في هذين الشرطين إلى ما قاله سحنون، ونقله عنه في النوادر وغيرها. قال في التوضيح: قال سحنون الأحمية إنما تكون في بلاد الأعراب العفاء التي لا عمارة فيها بغرس ولا بناء وإنما تكون الأحمية فيها في الأطراف حتى لا تضيق على ساكن، وكذلك الأودية العفاء التي لا مساكن بها إلا ما فضل عن منافع أهلها من المسارح والمراعي.[876] انتهى. وجعل الشارح قول المصنف: "قل من بلد عفا" شرطا واحدا، وجعل قوله لكغزو شرطا مستقلا، وهو نحو كلام المصنف في التوضيح، والظاهر ما ذكرناه، نعم يمكن أن يكون الشرط الثالث والرابع شرطا واحدا كما قال الشارح فتكون الشروط ثلاثة.

تنبيهات: الأول: الأصل في الحمى ما رواه البخاري في صحيحه في كتاب الشرب بكسر الشين المعجمة، والمراد بالشرب الحكم في قسمة/ الماء، وضبطه الأصيلي بالضم. قال الحافظ ابن حجر: والأول أولى. قال البخاري: حدثنا يحيى بن بكير. قال حدثنا الليث عن يونس عن ابن شهاب عن [عبيد الله[877]] بن عبد الله بن عتبة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جَثَّامَة رضي الله عنه قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا حمى إلا لله ولرسوله1} قال: وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع، وأن عمر حمى الشرف والربذة، وأخرج منه أيضا في كتاب الجهاد في باب أهل الدار يبيتون، الموصول منه عن الصعب بن جثامة أيضا أعني قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله2} وقوله وبلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع هكذا وقع لجميع رواة البخاري غير أبي ذر فإنه وقع عنده.

قال أبو عبد الله: بلغنا، فاغتر بذلك بعض الشراح فظن أنه من كلام البخاري وأنه من تعليقاته وليس كذلك، وإنما القائل بلغنا هو ابن شهاب فهو موصول بالإسناد المذكور إليه، لكنه مرسل من مراسيل ابن شهاب، وهكذا وقع في رواية لأبي داود فقال عن الصعب بن جثامة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم [قال[878]]: {لا حمى إلا لله ولرسوله} قال ابن شهاب: وبلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع3، ثم ذكر أبو داود رواية أخرى بعدها عن الصعب بن جثامة أيضا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حمى النقيع، وقال: {لا حمى إلا لله4} ولم يقل ولرسوله، وذكر الروايتين في آخر كتاب الجراح من سننه، واقتصر الحافظ ابن حجر في فتح الباري على ذكر الرواية الأولى من روايتي أبي داود ولم يذكر الثانية، وذكرها في تخريجه لأحاديث الرافعي، وعزاها للإمام أحمد وأبي داود والحاكم، وقال إنها مدرجة؛ يعني "حمى النقيع"، وذكر أن البخاري وهَّمَ من أدرجها، وقال أيضا في تخريجه لأحاديث الرافعي: أغرب عبد الحق في الجمع فجعل قوله: "وبلغنا" من تعليقات البخاري، وتبعه على ذلك ابن الرفعة قال: ويكفي في الرد عليهما

الحديث

1 – عن ابن عباس رضي الله عنه أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة، البخاري في صحيحه، كتاب المساقاة، رقم الحديث 2370، ط. دار الفجر.

2 – البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.

3 – أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.

4 – أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ وزاد (عز وجل)، رقم الحديث 3084.

---

876 *- في المطبوع المرعي وما بين المعقوفين من يم2 مايابى3 وسيد2 وم1 ويحيى2.

877 *- في المطبوع ويحيى2 ويم2 عبد الله وما بين المعقوفين من سيد2 وم1 ومايابى3

878 – في المطبوع حمى وقال وما بين المعقوفين من مايابى3 ويم2 ويحيى2 وأبي داود في سننه، ج3 ص180.

نص خليل ....

متن الحطاب أن أبا داود صرح بأنه من مراسيل الزهري؛ يعني في الرواية الأولى، ثم ذكر أن الإمام أحمد وابن حبان أخرجا من حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لخيل المسلمين1 والصعب ضد السهل وعلى وزنه، وجثامة بجيم مفتوحة وثاء مثلثة مشددة. ذكره النووي في أول كتاب الحج من شرح مسلم.

الثاني: اقتصر عبد الحق في الأحكام على عزو الحديث لأبي داود، واقتصر على الرواية الثانية من روايتيه [وزاد[879]] فيها لفظ: "ولرسوله" فقال: روى أبو داود عن الصعب بن جثامة أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وقال: {لا حمى إلا لله ولرسوله2} وقال علي بن عبد العزيز في المنتخب: حمى النقيع لخيل المسلمين ترعى فيه ثم ذكر حديثين آخرين. ثم قال: وأصح هذه الأحاديث حديث الصعب بن جثامة وهو الذي يعول عليه. انتهى. [وتبعه[880]] على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح وابن عرفة، وقد علمت أن الحديث في صحيح البخاري، وأخرج النسائي في سننه في كتاب الحمى وفي كتاب السير من حديث مالك عن ابن شهاب الموصول منه أعني قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله3} وعزا جماعة من الشافعية حديث أنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع لابن حبان، وقد علمت أنه في صحيح البخاري، فعزوه له أولى وإن كان مرسلا؛ لأن مراسيل البخاري كلها صحيحة، ولا سيما وقد اعتضد بحديث ابن عمر المذكور. والله أعلم.

الثالث: وقع للحاكم أن البخاري ومسلما اتفقا على إخراج حديث {لا حمى إلا لله ولرسوله4} وتبعه على ذلك أبو الفتح القشيري في الإلمام وابن الرفعة في المطلب. قال الحافظ ابن حجر في تخريجه لأحاديث الرافعي: وقد وهم الحاكم في ذلك، فإن الحديث من أفراد البخاري.

الرابع: اقتصر ابن الأثير في جامع الأصول على عزو الحديث للبخاري وأبي داود ولم يذكر النسائي، وقد علمت أنه رواه في موضعين من سننه.

الخامس: قال في النهاية في معنى الحديث؛ أعني قوله صلى الله عليه وسلم: {لا حمى إلا لله ولرسوله5} إنه صلى الله عليه وسلم نهى عما كانت تفعله الجاهلية وأضاف الحمى لله ولرسوله؛ أي إلا ما يحمى للخيل التي ترصد للجهاد والإبل التي يحمل عليها في سبيل الله. انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح ابن الحاجب لما ذكر الحديث: تأوله الجمهور على معنى أنه لا ينبغي أن يحمى إلا كما حماه رسول الله صلى الله عليه وسلم لخيل المجاهدين وشبه ذلك؛ مثل ما فعله الخلفاء بعده حموا

الحديث 1 – ابن حبان في صحيحه، باب الحمى، رقم الحديث 4664، والذي في مطبوعة دار الكتب العلمية البقيع بالباء لا بالنون.

2 – أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.

3 – النسائي في السنن الكبرى، كتاب إحياء الموات، رقم الحديث 5743، ط. دار الرشد.

4 – البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.

5– البخاري في صحيحه، كتاب الجهاد والسير، رقم الحديث 3012، ط. دار الفجر.

879 – في المطبوع وزارد وما بين المعقوفين من الزائد ويحيى348 يم30 وم2.

880 *– في المطبوع تبعه وما بين المعقوفين من يحيى2 ومايابى3 ويم3 وم2 وسيد2.

نص خليل ....

متن الحطاب

لإبل الغزاة. انتهى. وقال الجلال السيوطي في حاشية البخاري: قوله: {لا حمى إلا لله ولرسوله[1]} قال الشافعي: يحتمل معنيين أحدهما لا حمى إلا ما حماه صلى الله عليه وسلم، والثاني لا حمى إلا مثل ما حماه، فعلى الأول ليس لأحد من الولاة أن يحمي بعده، وعلى الثاني يختص بمن قام مقامه فهو الخليفة دون سائر نوابه. انتهى. ومقتضى كلامه أنه يتفق على أنه ليس لنواب الإمام أن يحموا، وقال في فتح الباري: والأرجح عند الشافعية أن الحمى يختص بالخليفة، ومنهم من ألحق به ولاة الأقاليم، ومحل الجواز أن لا يضر بكافة المسلمين. انتهى. والذي اقتصر عليه صاحب الإرشاد من الشافعية أن الحمى لا يختص بالإمام بل لولاته أن يحموا، وقال ابن أبي شريف في شرحه: إنه الأصح. والذي رأيته في كلام كثير من أصحابنا المالكية أنه يجوز للإمام أن يحمي بالشروط التي تقدم ذكرها، ولم يتكلموا على نوابه، ولكن مقتضى كلام أهل المذهب أن ذلك بحسب عموم الولاية وخصوصها، فإذا [عمم الإمام[881]] الولاية على بلد لأمير جاز له أن يحمي، وأحرى إذا فوض إليه النظر في أمر الحمى. والله أعلم.

السادس: قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام عبد الحق المتقدم: لفظ النقيع وجدته في نسخة صحيحة من الباجي ومن أحكام عبد الحق بالنون قبل القاف، وذكره البكري بالباء قبل القاف، وكذا وجدته في نسخة صحيحة من النوادر، وهو مقتضى قول اللغويين. قال الجوهري في حرف الباء: والبقيع موضع فيه أروم الشجر من ضروب شتى، وبه سمي بقيع الغرقد؛ وهو مقبرة المدينة، ونحوه في مختصر العين، ومثله لابن سيده، وزاد: والغرقد شجر له شوك كان ينبت هناك فذهب وبقي الاسم لازما للموضع، ولم يذكر أحد منهم النقيع بالنون قبل القاف أنه اسم موضع مع كثرة ما جلب فيه ابن سيده في المحكم، وقال الباجي في آخر الموطإ في ترجمة ما يتقى من دعوة المظلوم[2]: وفيه ذكر الحمى فقال الباجي: وهذا الحمى هو النقيع بالنون، ولم يتكلم عياض في مشارقه على هذه الكلمة لعدم وقوعها في الموطإ والصحيحين. انتهى.

قلت: وكأنه رحمه الله لم يقف على ما ذكره القاضي عياض في المشارق في آخر حرف الباء الموحدة لما ذكر أسماء المواضع، ونصه: بقيع الغرقد الذي فيه مقبرة المدينة بباء بغير خلاف، وسمي بذلك لشجرات غرقد؛ -وهو العوسج- كانت فيه، وكذلك بقيع بطحان جاء في الحديث وهو بالباء أيضا. قال

الحديث

1 – عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جَثَّامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأنَّ عمر حمى الشرف والربذة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

2 – حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيتهما يأتني ببنيه فيقول يا أمير المومنين أفتاركهم أنا -لا أبا لك- فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث1890، ط. دار الفكر.

881 *- في المطبوع عم وما بين المعقوفين من م2 ومايابى4.

نص خليل ....

متن الحطاب

الخليل: البقيع كل موضع من الأرض فيه شجر شتى، وأما الحمى الذي حماه النبي صلى الله عليه وسلم ثم عمر بعده، وهو الذي يضاف إليه في الحديث غرز النقيع، وفي الآخر بقدح لبن من النقيع، وحمى النقيع وهو على عشرين فرسخا من المدينة، وهو صدر وادي العقيق، وهو أخصب موضع هنالك، وهو ميل في بريد، وفيه شجر ويستجم حتى يغيب فيه الراكب؛ فاختلف الرواة وأهل المعرفة في ضبطه، فوقع عند أكثر رواة البخاري بالنون، وكذا قيده النسفي وأبو ذر والقابسي، وسمعناه في مسلم من أبي بحر بالباء، وكذا روى عن ابن ماهان، وسمعناه من القاضي الشهيد وغيره بالنون، وبالنون ذكره الهروي والخطابي وغير واحد.

قال الخطابي: وقد صحفه أصحاب الحديث فيروونه بالباء، وإنما الذي بالباء بقيع المدينة موضع قبورها، وأما أبو عبيد الله البكري فقال إنما هو بالباء مثل بقيع الغرقد قال: ومتى ذكر البقيع بالباء دون إضافة فهو هذا، ووقع [فيه[882]] في كتاب الأصيلي./ في موضع بالنون [والفاء[883]] وهو تصحيف قبيح، والأشهر في هذا النون والقاف، والنقيع بالنون كل موضع يستنقع الماء فيه، وبه سمي هذا. انتهى. وقوله: "بقيع بطحان" هو بضم الموحدة وسكون الطاء المهملة بعدها حاء مهملة. قال في المشارق: هكذا يرويه المحققون، وكذا سمعناه من المشايخ، [والذي[884]] يحكي أهل اللغة فيه فتح الموحدة وكسر الطاء، وكذا قيده [القالي[885]] في البارع وأبو حاتم والبكري في المعجم، وقال البكري: لا يجوز غيره، وهو واد في المدينة. انتهى. وقوله: "غرز النقيع" بفتح الغين المعجمة والراء وبعدها زاي. قال في المشارق: هكذا ضبطناه على أبي الحسن، وحكى فيه صاحب العين السكون قال: وواحده غرزة مثل تمرة وتمر، وبالوجهين وجدته في أصل الجياني في كتاب الخطابي.

قال أبو حنيفة: هو نبات ذو أغصان رقاق حديد الأطراف يسمى الأسل، وتسمى به الرماح وتشبه به، وقال صاحب العين هو نوع من الثمار. اهـ. ومقتضى كلام [ابن عبد السلام[886]] أنه لم يقف على كلام صاحب المشارق أيضا، فإنه قال بعد أن ذكر كلام عبد الحق: هكذا رأيت في نسخة من الأحكام منسوبة إلى الصحة بالنون والقاف، وذكره البكري بالباء والقاف. قال: وهو صدر وادي العقيق، وقال: وهو منتدى للناس ومتصيد، وروي أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الصبح في المسجد بأعلى عسيب، وهو جبل بأعلى قاع العقيق، ثم أمر رجلا صيتا [فصاح[887]] بأعلى صوته فكان مدى صوته بريدا، وهو أربعة فراسخ، فجعل ذلك حمى طوله وعرضه ميل وفي بعضه أقل من ميل.انتهى. وقوله: "منتدى" بمعنى النادي وهو المجلس الذي يتحدث فيه، وذكر المصنف في التوضيح بعض كلام المشارق، ولكن كلامه يقتضي أن أبا عبيد غير البكري، وكلام القاضي عياض في المشارق يقتضي أن أبا عبيد هو البكري، وكذا رأيته في كلام غير واحد من العلماء منهم [الحافظ[888]]

الحديث

[1] – عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

[882] *– في يحيى3 ووقع في كتاب الأصيلي.

[883] *– في المطبوع الباء وما بين المعقوفين من يم3 ومايابى5 ويحيى3 وم2.

[884] *– في المطبوع وهو الذي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى5.

[885] *– في المطبوع اللقاني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم والذي في مايابى5.

[886] – في المطبوع ابن عباس وما بين المعقوفين من ن يحيى ص ويم ومايابى5.

[887] – في المطبوع فصاع وما بين المعقوفين من ن عدود. ص.7 ويحيى ص2 و يم3 م3 ومايابى5.

[888] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 7 ويحيى3 ويم4 م3 ومايابى5.

نص خليل ....

متن الحطاب ابن حجر في مقدمة فتح الباري، إلا أنه ذكر عن البكري أنه حكى فيه وجهين، والذي حكاه القاضي في المشارق عن البكري إنما هو وجه واحد كما تقدم. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: النقيع بفتح النون وكسر القاف هو صدر وادي العقيق على نحو عشرين ميلا من المدينة، وقال الشافعي في مختصر المزني: وهو بلد ليس بالواسع الذي يضيق على من حوله إذا حُمِيَ، ويعني بالبلد الأرض. قال صاحب مطالع الأنوار: مساحته ميل في بريد، وذكر ما تقدم عن المشارق إلا أن قوله: "على عشرين ميلا من المدينة" خلاف ما قال في المشارق، والذي حكاه الحافظ ابن حجر وغيره أنه على عشرين فرسخا كما قال في المشارق، وذكر في النوادر عن كتاب ابن سحنون أن ابن وهب روى عن مالك أن قدر النقيع ميل في ثمانية أميال. قال: ثم زاد فيه الولاة بعد، وهكذا ذكر الحافظ ابن حجر في فتح الباري عن موطإ ابن وهب أنه ميل في ثمانية أميال، وهو خلاف ما ذكره هو في مقدمة فتح الباري وما ذكره في المشارق وما حكاه النووي في تهذيب الأسماء واللغات من أنه ميل في بريد فإن البريد اثنا عشر ميلا.

السابع: تقدم في صحيح البخاري أن عمر رضي الله عنه حمى الشرف والربذة. قال في فتح الباري: وهو من بلاغ الزهري والشرف بفتح المعجمة والراء بعدها فاء في المشهور، وذكر عياض أنه عند البخاري بفتح المهملة وكسر الراء. قال: وفي موطإ ابن وهب بفتح المعجمة والراء، قال: وكذا رواه بعض رواة البخاري أو أصلحه وهو الصواب، وأما سرف فهو موضع بقرب مكة ولا يدخله الألف واللام. انتهى. وقال في مقدمته: قال أبو عبيد البكري هو ماء لبني باهلة أو لبني كلاب. انتهى. وقال الزركشي: هو من عمل المدينة، وأما سرف فمن عمل مكة على ستة أميال، وقيل سبعة، وقيل تسعة، وقيل اثنا عشر. انتهى. وأما الربذة فهي بفتح الراء وفتح الموحدة وبعدها ذال معجمة قال في فتح الباري: موضع معروف/ بين مكة والمدينة. انتهى. 8

وقال الزركشي في كتاب العلم من حاشية البخاري: موضع على ثلاث مراحل من المدينة. انتهى. قال ابن عبد السلام المالكي: قال البكري: الربذة هي التي جعلها عمر حمى لإبل الصدقة، وكان حماه الذي حماه بريدا في بريد. قال: ثم تزيدت الولاة في الحمى أضعافا، ثم أبيحت الأحمية في أيام المهدي فلم يحمها أحد، وحمى عمر رضي الله عنه صرفة وزاد فيه عثمان. انتهى. وقال في النوادر: وحمى أبو بكر رضي الله عنه الربذة لما يحمل عليه في سبيل الله نحو خمسة أميال في مثلها، وحمى ذلك عمر لإبل الصدقة التي يحمل عليها في سبيل الله، وحمى أيضا الشرف. انتهى.

الثامن: ذكر الرافعي في الشرح الكبير الحديث السابق بلفظ: {إنه صلى الله عليه وسلم حمى النقيع[1]} لإبل الصدقة ونعم الجزية. قال الحافظ ابن حجر في تخريج أحاديثه بعد أن ذكر روايات الحديث: تبين بهذا أن قوله لإبل الصدقة ونعم الجزية مدرج ليس في أصل الخبر. انتهى. والله أعلم.

التاسع: قال المصنف في التوضيح: انظر ما في الحديث من قوله: "حمى النقيع" كما ذكر المصنف؛ يعني ابن الحاجب، وذكره الجوهري رباعيا فقال أحميت المكان جعلته حمى. انتهى.

قلت: ليس في كلامه ما يقتضي أنه لا يستعمل منه إلا الرباعي، ونصه: حميته أي دفعت عنه، وهذا شيء حمى على فعل أي محظور لا يقرب، وأحميت المكان جعلته حمى. انتهى. وقال في القاموس: حمى

الحديث 1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن الصعب بن جثامة قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا حمى إلا لله ولرسوله وقال بلغنا أن النبي صلى الله عليه وسلم حمى النقيع وأن عمر حمى الشرف والربذة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشرب والمساقاة، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2370.

نص خليل ....

متن الحطاب

الشيء يحميه حميا وحماية بالكسر ومحمية منعه، وكلأ حمى كرضا محمى. ثم قال: وأحمى المكان جعله حمى لا يقرب. انتهى. وقال في المشارق: الحمى بكسر الحاء مقصور الممنوع من الرعي، تقول حميت الحمى، فإذا امتنع منه قلت أحميته، ومنه قولهم حميت الماء القوم أي منعتهم. انتهى. فعلم من كلامه في المشارق أنه يقال حميته بالفعل الثلاثي، وأنه لا يقال أحميته بالرباعي إلا بعد امتناع الناس منه. والله أعلم.

العاشر: قوله: "لا حمى" بلا تنوين وفي بعض الروايات بالتنوين قال الكرماني: فتكون حينئذ لا بمعنى ليس؛ أي فتكون للاستغراق على الأول بخلاف الثاني.

الحادي عشر: قال الشافعية: وينبغي للوالي إذا حمى أن يجعل للحمى حافظا يمنع أهل القوة من الرعي فيه ويأذن للضعيف والعاجز، فإن دخله أحد من أهل القوة ورعى منع، ولا غرم عليه ولا تعزير. انتهى.

قلت: وهو ظاهر وكلام أهل المذهب يقتضيه فقد قال ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح: وقد صح أن عمر رضي الله عنه قال: لِهُنَي حين ولاه على الحمى أدخل رب الصريمة والغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان. انتهى. إلا أن قولهم لا تعزير عليه فيه نظر، والظاهر أن من بلغه النهي وتعدى بعد ذلك ورعى في الحمى فللإمام أن يعزره بالزجر أو التهديد، فإن تكررت المخالفة فيعزره بالضرب، وقولهم لا غرم عليه ظاهر لا شك فيه. والله أعلم. وما ذكره ابن عبد السلام عن عمر رضي الله عنه هو ما رواه مالك رضي الله عنه في آخر جامع الموطإ في باب ما يتقى من دعوة المظلوم عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال: يا هني اضمم جناحك عن الناس، واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مجابة، وأدخل رب الصريمة والغنيمة، وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان فإنهما إن تهلك مواشيهما [يرجعان[889]] إلى المدينة إلى زرع ونخيل، وإن رب الصريمة والغنيمة إن تهلك ماشيته [يأتني[890]] ببنيه، فيقول يا أمير المؤمنين يا أمير المؤمنين أفتاركهم أنا لا أبا لك، فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم [ليرون[891]] أني قد ظلمتهم، إنها لبلادهم ومياههم قاتلوا [عليها[892]] في الجاهلية وأسلموا [عليها[893]] في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا[1]. انتهى.

الثاني عشر: هذا الحديث رواه البخاري في كتاب الجهاد عن إسماعيل؛ يعني ابن أبي أويس عن مالك[2]، وقال الحافظ ابن حجر في فتح الباري: وهذا الحديث/ ليس في الموطإ. قال الدارقطني في غرائب مالك: هو حديث غريب صحيح. انتهى.

9

قلت: وهذا من الأمر العجيب، فإن الحديث موجود في جميع نسخ الموطإ وشروحه. والله أعلم.

الثالث عشر: قوله: "مولى له يدعى هنيا" هو بضم الهاء وفتح النون وتشديد الياء. قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: هكذا ضبطه ابن ماكولا وغيره من أهل الإتقان، وكذا ضبطناه في صحيح البخاري والمهذب

الحديث

1- الموطأ، كتاب دعوة المظلوم، رقم الحديث 1890، ط. دار الفكر.

2- حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المومنين أفتاركهم أنا -لا أبا لك- فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. البخاري، كتاب الجهاد، رقم الحديث 3059، دار الفجر للتراث 2005.

- الموطأ، رقم الحديث1890.

---

889 *- كذا في النسخ.

890 - في المطبوع ياتي وما بين المعقوفين من ن عدود و يم4 ويحيى4 وم3 ومايابى6.

891 - في المطبوع لا يرون، وما بين المعقوفين من ن عدود ص 8 ويحيى4 ويم4 م3 ومايابى7.

892 - ساقطة من المطبوع ومايابى7 وم ص 3 ويم4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص.8 ويحيى4.

893 - في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من ن عدود ص.8 ويحيى4 ويم5 م3 ومايابى7.

نص خليل ....

متن الحطاب وغيرهما. قال: ورأيت بخط من لا تحقيق له أنه يقال أيضا بالهمز، وهذا خطأ ظاهر نبهت عليه لئلا يغتر به، روى هني عن أبي بكر وعمر ومعاوية وعمرو بن العاص رضي الله عنهم. انتهى. وقال في فتح الباري: قوله يدعى هنيا بالنون مصغرا من غير همز وقد يهمز، وهذا المولى لم أر من ذكره في الصحابة مع إدراكه، وقوله على الحمى. قال في فتح الباري: بين ابن سعد أنه كان على حمى الربذة، وقوله: "اضمم جناحك عن الناس" أي اكفف يدك عن ظلمهم في المال والبدن، والجناح اليد، قال الله تعالى: ﴿واضمم إليك جناحك﴾ وفي رواية البخاري: {اضمم جناحك عن المسلمين[1]}.

قال في فتح الباري: وفي رواية معن عن مالك عند الدارقطني في الغرائب اضمم جناحك للناس، وعلى هذا [فمعناه[894]] استرهم بجناحك، وهو كناية عن الرحمة والشفقة وقوله في هذه الرواية: "اضمم جناحك للناس" لعله على الناس فإني رأيته [كذلك[895]]، وقال ابن عرفة: قال أبو عمر: قوله اضمم جناحك يقول لا تستطل على أحد لمكانك مني، وقوله: "واتق دعوة المظلوم" كناية لطيفة عن النهي عن الظلم، وهكذا رأيته في نسخ البخاري، وذكره في فتح الباري بلفظ: "واتق دعوة المسلمين". ثم قال: وفي رواية الإسماعيلي والدارقطني وأبي نعيم دعوة المظلوم، وقوله: "فإن دعوة المظلوم مجابة" هكذا في نسخ الموطأ، ولفظ البخاري: فإن دعوة المظلوم مستجابة، وقوله: "وأدخل رب الصريمة والغنيمة" أدخل بهمزة قطع مفتوحة وكسر الخاء المعجمة، ومتعلق الإدخال محذوف، والمراد المرعى، والصريمة بضم الصاد المهملة مصغر الصرمة بكسر الصاد وهي القطعة من الإبل نحو الثلاثين. قاله في الصحاح، وقال الأسنوي في المهمات في كتاب إحياء الموات: ما بين العشرة إلى الثلاثين من الإبل خاصة.

وقال في القاموس: ما بين العشرة إلى الثلاثين أو إلى الخمسين أو الأربعين، أو ما بين العشرة إلى الأربعين، أو ما بين عشرة إلى بضع عشرة، والغنيمة على وزن الصريمة مصغر أيضا هي ما بين الأربعين إلى المائتين. قاله الأسنوي أيضا. وقوله: "وإياي ونعم ابن عوف وابن عفان" فيه تحذير المتكلم نفسه، وهو شاذ لا يقاس عليه عند جمهور النحويين. قال الأسنوي: وقد وقع للرافعي وغيره بالكاف، والوارد في رواية الشافعي وغيره إنما هو بالياء، وابن عوف هو عبد الرحمن وابن عفان هو عثمان رضي الله عنهما، وخصهما بالذكر على طريق المثال لكثرة نعمهما لأنهما من مياسير الصحابة. قال في فتح الباري: ولم يرد منعهما ألبتة، [وإنما[896]] أراد أنه إذا لم يسع المرعى إلا نعم أحد الفريقين فَنَعَمُ المقلين أولى، فنهاه عن إيثارهما على غيرهما أو تقديمهما قبل غيرهما، وقد بين حكمة ذلك. انتهى..

قلت: ظاهر الخبر أنه أراد منع نعمهما ليتوفر المرعى لإبل الصدقة فتأمله. [والله أعلم.[897]] وقوله: "يأتني [ببنيه"[898]] كذا في أكثر نسخ الموطإ يأتني بحذف الياء للجزم في جواب الشرط وهو الراجح، وفي بعض النسخ: "يأتيني" بإثبات الياء وهو ضعيف، وقوله: ["ببنيه"[899]] كذا في نسخ الموطإ بالنون قبل المثناة تحتُ

الحديث 1– حدثني مالك عن زيد بن أسلم عن أبيه أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه استعمل مولى له يدعى هنيا على الحمى فقال يا هني اضمم جناحك عن المسلمين واتق دعوة المظلوم فإن دعوة المظلوم مستجابة وأدخل رب الصريمة ورب الغنيمة وإياي ونعم ابن عوف ونعم ابن عفان فإنهما إن تهلك ما شيتهما يرجعا إلى نخل وزرع وإن رب الصريمة ورب الغنيمة إن تهلك ماشيته يأتني ببنيه فيقول يا أمير المومنين أفتاركهم أنا –لا أبا لك– فالماء والكلأ أيسر علي من الذهب والورق، وأيم الله إنهم ليرون أني قد ظلمتهم إنها لبلادهم فقاتلوا عليها في الجاهلية وأسلموا عليها في الإسلام، والذي نفسي بيده لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله ما حميت عليهم من بلادهم شبرا. البخاري، كتاب الجهاد، رقم الحديث 3059، دار الفجر للتراث 2005.

894 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في فتح الباري، ج7 ص143 ط. دار الكتب العلمية.
895 *– كذا هو في نسخ من الموطإ (على الناس).
896 – في المطبوع أنه، وما بين المعقوفين من ن عدود ص. 9 ويحيى4. ويم4 م4 ومايابى7.
897 – في المطبوع ومايابى7 ويحيى4 م4 فتأمله وقوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص9. وفي يم5 الصدقة وقوله.
898 – في المطبوع ويحيى4 ببنيته وما بين المعقوفين من ن عدود ص9. ويم5 م4 ومايابى7.
899 – في المطبوع ببنيته وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 ومايابى7.

نص خليل ....

متن الحطاب جمع ابن، وهي رواية الكشميهني في البخاري، ووقع عند أكثر رواة البخاري [ببيته[900]] بالتاء التحتية ثم الفوقية بلفظ البيت والمعنى متقارب، وقوله: "فيقول يا أمير المؤمنين" مقول القول محذوف لدلالة السياق عليه، ولأنه لا يتعين في لفظ مخصوص نحو يا أمير المؤمنين أنا فقير أنا محتاج إلى كذا، وقوله: ["أفتاركهم[901]] أنا" استفهام إنكاري أي لا أتركهم محتاجين، وقوله: "لا أبا لك" بفتح الموحدة من غير

10 تنوين ثم اختلف فيه، فعند سيبويه والجمهور/ أنه مضاف، واللام زائدة مؤكدة لمعنى الإضافة، وهي معتد بها من حيث إن اسم لا لا يضاف لمعرفة [فاللام لذهاب صورة[902]] الإضافة، وغير معتد بها من حيث إن ما قبلها منصوب [بالألف وإنما[903]] ينصب بها إذا كان مضافا، ويشكل عليهم لا أبالي بالألف واللام فإنه لا ينصب بالألف إذا أضيف للياء، وقال ابن الحاجب وابن مالك إنه شبيه بالمضاف، ويشكل على قولهما حذف التنوين، وسمع من [كلامهم[904]] لا أباك بدون لام وهو مشكل، وظاهر كلامهم أنه لم يسمع لا أبا لك ولو سمع لأمكن توجيهه بأنه شبيه بالمضاف، والخبر على هذه الأوجه محذوف، وسمع من كلامهم لا [أب[905]] لك بالبناء على الفتح وهو القياس، وقوله: "لك" هو الخبر على هذا الوجه، ولو قال لا أب لك بالرفع والتنوين صح، وهذا اللفظ ظاهره الدعاء عليه.

قال في فتح الباري: وهو على المجاز لا على الحقيقة، وقوله إنهم ليرون قال في فتح الباري: بضم التحتية أوله بمعنى الظن، وبفتحها بمعنى الاعتقاد قوله أني قد ظلمتهم.

فرع: [قال ابن حجر:[906]] قال ابن التين: يريد أرباب المواشي الكثيرة، والذي يظهر لي أنه أراد أرباب المواشي القليلة لأنهم الأكثر، وهم أهل تلك البلاد من نواحي المدينة، ويدل على ذلك قوله إنها لبلادهم، وقد أخرج ابن سعد في الطبقات أن عمر رضي الله عنه أتاه رجل من أهل البادية فقال: يا أمير المؤمنين بلادنا قاتلنا عليها في الجاهلية وأسلمنا عليها في الإسلام ثم تحمى علينا؟ فجعل عمر ينفخ ويفتل شاربه، وأخرج الدارقطني في غرائب مالك نحوه، وزاد: فلما رأى الرجل ذلك ألح عليه فلما أكثر عليه، قال رضي الله عنه: المال مال الله، والعباد عباد الله، والأرض أرض الله ما أنا بفاعل. انتهى.

قلت: والظاهر أن الضمير في يرون يعود إلى أصحاب المواشي المنوعين، سواء كانت مواشيهم كثيرة أو قليلة. ثم قال في فتح الباري: وقال ابن المنير: لم يدخل ابن عفان ولا ابن عوف في قوله قاتلوا عليها في الجاهلية، فالكلام عائد على عموم أهل المدينة لا [عليهما.[907]] انتهى. قال الشيخ ابن أبي زيد في النوادر: وقال عمر رضي الله عنه لرجل من العرب عاتبه في الحمى: بلاد الله حميت لمال الله. انتهى. وقوله لولا المال الذي أحمل عليه في سبيل الله. قال في فتح الباري: أي من الإبل التي كان

الحديث ....

900 – في المطبوع يبيته، وفي يم5 يتيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص9 ومايابى7.

901 *– في المطبوع افتكارهم وما بين المعقوفين من مايابى8 ويم5.

902 *– في المطبوع فاللام لصورة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد3.

903 – في المطبوع بالألف واللام وإنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص.10 ويحيى4 ويم5 م4 ومايابى8.

904 *– في المطبوع قولهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد3 ومايابى8.

905 في المطبوع لا لا أبا لك وما بين المعقوفين من ن ذي ص10 م4 ويم5 ومايابى8.

906 * – في المطبوع فرع قال وما بين المعقوفين من يحيى5 وم4 وسيد3 ومايابى8 ويم5.

907 – في المطبوع وم4 عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص10. ويحيى5. ويم5 ومايابى8.

نص خليل وَإن مُّسْلِمًا إنْ قَرُبَ وَإلاَّ فَلِلإمَامِ إمْضَاؤُهُ.

متن الحطاب يحمل عليها من لا يجد مركبا، وجاء عن مالك أن عدة ما كان في الحمى في عهد عمر بلغ أربعين ألفا من إبل وخيل [بينهما.[908]] انتهى. وقال الأسنوي: قوله لولا المال الذي أحمل عليه أي الخيل التي أعددتها لأحمل عليها من لا مركوب له. قال مالك رضي الله عنه: وكانت عدتها أربعين ألفا. انتهى. وهو مخالف لما ذكره في فتح الباري.

الرابع عشر: قال ابن عرفة: قال أبو عمر فيه ما كان عليه عمر من التقى، وأنه لا يخاف في الله لومة لائم؛ لأنه لم يداهن عثمان ولا عبد الرحمن، وآثر المساكين والضعفاء، وبين وجه ذلك وامتثل قوله صلى الله عليه وسلم: {لا حمى إلا لله ولرسوله[1]} يعني إبل الصدقة. اهـ. قال ابن عرفة لما ذكر عن الباجي أنه يحمى لماشية الصدقة: قلت: يقوم منه طول تأخير صرف الزكاة إذا كان [لتأخر[909]] مصرفها. انتهى.

الخامس عشر: قال الشافعية: إن ما حماه الرسول صلى الله عليه وسلم لا ينقض فلا ينقض حمى النقيع، وأما ما حماه غيره من الولاة فيجوز نقضه لمصلحة، وسواء كان الناقض هو الذي حماه أو غيره.

قلت: هذا ظاهر إن ثبت أنه صلى الله عليه وسلم لما حمى النقيع أمر أن يجعل ذلك حمى للمسلمين دائما، وأما إذا حماه في سنة من السنين، ولم يفهم أن ذلك حكم مستمر، فالظاهر أنه لا يلزم استمراره، ولو ثبت ذلك لاستمر عمل الخلفاء بعده على حمى ذلك الموضع، وقد تقدم أن الصديق رضي الله عنه حمى الربذة، وكذلك عمر رضي الله عنه. فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإن مسلما إن قرب** ش: ظاهره أن الذمي يحمي في القريب بإذن الإمام وهذا ليس بمنصوص

11 للمتقدمين. قال ابن عبد السلام: لكن ركن إليه الباجي، وفي المسألة قول/ ثان لابن القصار. قال للإمام أن يأذن لأهل الذمة في الموات. قال في التوضيح: ولم يفرق بين قريب ولا بعيد، وفيها قول ثالث. قال ابن عبد السلام: وهو المنصوص للمتقدمين. ابن عرفة: وهو المشهور أن حكمهم في البعيد حكم المسلمين، والقريب ليس لهم أن يحموه ولو أذن الإمام، والقريب هو حريم العمارة مما يلحقونه غدوا ورواحا. قاله في التوضيح. وقاله في الجواهر، ونصه: وأما البعيد فلا يفتقر إلى إذن الإمام فيه، وهو ما كان خارجا عما يحتاجه أهل العمران من محتطب ومرعى مما العادة أن الرعاء يصلون إليه ثم يعودون إلى منازلهم فيبيتون بها، ويحتطب المحتطب ثم يعود إلى منزله. انتهى. وقال ابن رشد في رسم الدور من سماع يحيى في كتاب السداد والأنهار: وحد البعيد من العمران الذي يكون لمن أحياه دون إذن الإمام ما لم ينته إليه مسرح العمران واحتطاب المحتطبين إذا رجعوا إلى المبيت في مواضعهم من العمران. انتهى.

تنبيه: يعترض على المؤلف بما اعترض به على ابن الحاجب؛ لأن المؤلف قد قدم أن القرب من وجوه الاختصاص فلا يكون القريب مواتا؛ إذ الموات ما انفك عن الاختصاص فلا يتصور في القريب إحياء؛ لأن الإحياء إنما يكون في الموات، والظاهر أن مراد المؤلف أن حريم العمارة مانع من الإحياء بغير إذن الإمام، ثم ينظر فيه أي في حريم العمارة، فإن كان فيه ضرر فلا يجوز إحياؤه ولا يبيحه الإمام، وما لم يكن فيه ضرر فإنه يجوز إحياؤه بإذن الإمام، ويكون الموات على ثلاثة أقسام كما قال ابن رشد في رسم الدور من سماع

الحديث [1] – أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والامارة، بهذا اللفظ، رقم الحديث 3083.

---

[908] – في المطبوع بينها م4 وما بين المعقوفين من ن عدود ص10. ويحيى5. ويم5 (ومايابى8 ببنيها).

[909] *– في المطبوع تأخير وما بين المعقوفين من مايابى8 وسيد3.

نص خليل

وَافْتَقَرَ لِإِذْنٍ.

متن الحطاب

يحيى من كتاب السداد والأنهار، ونصه: الموات الذي يستحقه الناس بالإحياء؛ لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {من أحيا أرضا ميتة فهي له[1]} هي الأرض التي لا نبات فيها. قال ذلك مالك رحمه الله في رواية ابن غانم عنه بدليل قوله تعالى: ﴿ [والله أنزل من السماء ماء فأحيا به الأرض بعد موتها[910]] ﴾ فلا يصح الإحياء إلا في البوار ثم قال: وحكم إحياء الموات يختلف باختلاف مواضعه، وهي على ثلاثة أوجه: بعيد من العمران، وقريب منه لا ضرر على أحد في إحيائه، وقريب منه في إحيائه ضرر على من يختص بالانتفاع به، فأما البعيد من العمران فلا يحتاج في إحيائه إلى استئذان الإمام إلا على طريق الاستحباب على ما حكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون، وأما القريب منه الذي لا ضرر في إحيائه على أحد فلا يجوز إحياؤه إلا بإذن الإمام على المشهور في المذهب، وقيل إن استئذان الإمام في ذلك مستحب وليس بواجب، واختلف إن وقع [بغير[911]] إذنه، على القول بأنه لا يجوز إلا بإذنه قيل يمضي مراعاة للخلاف، وهو قول المغيرة وأصبغ وأشهب، وقيل إنه يخرج منه ويكون له قيمة بنيانه منقوضا، وهو القياس، ولو قيل إنه يكون له قيمته قائما للشبهة في ذلك لكان له وجه، وأما القريب منه الذي في إحيائه ضرر كالأفنية التي يكون أخذ شيء منها ضررا بالطريق وشبه ذلك فلا يجوز إحياؤه بحال ولا يبيحه الإمام. انتهى. وقد تقدم عنه.

وقال في الرسم الذي قبله ما نصه على ما اختصره ابن عرفة: قال ابن حبيب: [الشعراء[912]] المجاورة للقرى والمتوسطة بينها لا يقطع الإمام منها شيئا؛ لأنها ليست كالعفاء من الأرض التي لعامة المسلمين، إنما هي حق من حقوقهم كالساحة للدور، وإنما العفاء ما بعد، وتعقب الفضل قوله فقال وأين يقطع الإمام إلا فيما قرب من العمران، وهو لا يلزم لأنه إنما أراد [الشعراء[913]] القريبة من القرى جدا؛ لأن إقطاعها ضرر بهم في قطع مرافقهم منها التي كانوا يختصون بها لقربهم على ما سنذكره في رسم الدور. انتهى. والذي في رسم الدور [هو[914] ما تقدم، والشعراء] هي الشجر المختلط أو الأرض ذات الشجر. كذا فسرها أهل اللغة، فعلى هذا إنما [يمنع[915]] من إحياء القريب الذي في إحيائه ضرر، وأما ما لا ضرر في إحيائه فلا يمنع من ذلك ولو كان قريبا، إلا أنه لا يجوز إحياؤه / إلا بإذن الإمام على المشهور. والله أعلم.

12

فرع: قال في المدخل: لا يجوز لأحد البناء على شاطئ النهر للسكنى ولا لغيرها إلا القناطر المحتاج إليها انتهى.

ص: [**وافتقر لإذن**[916]] ش: أي وافتقر إحياء الموات لإذن الإمام.

فرع: قال ابن رشد في كتاب السداد والأنهار في شرح المسألة الثالثة من سماع أشهب: وليس للعامل أن يقطع شيئا من الموات إلا بإذن الإمام. انتهى.

الحديث

1 – من أحيا أرضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق، أبو داوود في سننه، كتاب الخراج والفيء، رقم الحديث 3073، دار إحياء السنة النبوية. والموطا، كتاب الأقضية، ص468، ط. دار الكتب العلمية.

---

910 *– انظر الأصل.

911 – في المطبوع إن وقع بإذنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى5. ويم6 م5 ومايابى9.

912 – في المطبوع الشعاري وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى الشعر ص5. ويم6 ومايابى9.

913 – في المطبوع الشعارى وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى ص5. ويم6 م5 ومايابى9.

914 – في المطبوع وهو ما تقدم والشعارى وما بين المعقوفين من ن عدود ص11. ويحيى6. ويم6 م5 ومايابى9.

915 – في المطبوع وسيد يمتنع وما بين المعقوفين من ن مايابى9 ويم6 ويحيى6 وم5.

916 – لعله مؤخر عن محله من المتن كما نبه عليه عدود.

نص خليل أَوْ جَعْلُهُ مُتَعَدِّيًا بِخِلَافِ الْبَعِيدِ وَلَوْ ذِمِّيًّا بِغَيْرِ جَزِيرَةِ الْعَرَبِ وَالإِحْيَاءُ بِتَفْجِيرِ مَاءٍ وَبِإِخْرَاجِهِ وَبِبِنَاءٍ وَبِغَرْسٍ وَبِحَرْثٍ وَتَحْرِيكِ أَرْضٍ وَبِقَطْعِ شَجَرٍ وَبِكَسْرِ حَجَرِهَا وَتَسْوِيَتِهَا لَا بِتَحْوِيطٍ وَرَعْيِ كَلَإٍ وَحَفْرِ بِئْرِ مَاشِيَةٍ وَجَازَ بِمَسْجِدٍ سُكْنَى لِرَجُلٍ تَجَرَّدَ لِلْعِبَادَةِ وَعَقْدُ نِكَاحٍ وَقَضَاءُ دَيْنٍ وَقَتْلُ عَقْرَبٍ وَنَوْمٌ بِقَائِلَةٍ وَتَضْيِيفُ بِمَسْجِدِ بَادِيَةٍ.

متن الحطاب ص: أو جعله متعديا ش: قال ابن عبد السلام: فإذا فرعنا على القول الأول وهو المشهور من أن القريب الذي لا ضرر فيه يفتقر إلى إذن الإمام، فإذا أحياه أحد من غير استئذان تعقب الإمام ما فعله هذا، فإن رأى إمضاءه أمضاه، وإن لم ير ذلك أخذه منه وأعطاه قيمة ما صنعه منقوضا إن رده لبيت المال، وإن شاء كلفه بهدمه، وإن شاء أقطعه لغيره، فكان لذلك الذي أقطعه إياه الإمام أن يأمر هذا بما كان الإمام يأمره به، وهذا هو الذي أجمله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب بقوله أو جعله متعديا. انتهى كلام ابن عبد السلام، ومثله يقال على كلام المؤلف، وقال في التوضيح: المشهور ما قاله المؤلف؛ يعني ابن الحاجب، وهو قول مالك وابن القاسم أن للإمام إمضاءه أو جعله متعديا فيعطى قيمة بنائه مقلوعا، ورأى اللخمي أنه يعطى قيمته قائما للشبهة. اللخمي: قال مطرف وابن الماجشون الإمام مخير بين أربعة أوجه إن رأى أن يقره له أو للمسلمين [و يعطيه[917]] قيمته منقوضا أو يأمره بقلعه أو يقطعه لغيره ويكون للأول قيمته منقوضا. ابن رشد: وهو القياس، وقال في موضع آخر: وهو معنى ما في المدونة. انتهى. وظاهر كلام التوضيح أن كلام مطرف وابن الماجشون خلاف المشهور، والظاهر أنه تفسير لقول مالك كما قال ابن عبد السلام، وكما يظهر من قول ابن رشد. والله أعلم.

تنبيه: لا ينبغي أن يفهم من قول المصنف وابن الحاجب: أو جعله متعديا أنه يرجع عليه بالغلة، بل ظاهر نصوصهم أنه لا يرجع عليه بالغلة، بل تقدم في كلام التوضيح أن اللخمي رأى أن تكون له قيمة البناء قائما للشبهة، ونقل ابن عرفة عن ابن رشد أنه قال له قيمته منقوضا قال: ولو قيل قائما للشبهة لكان له وجه. انتهى./ 13

ص: وقضاء دين ش: يعني أنه يجوز قضاء الدين في المسجد؛ لأنه معروف بخلاف البيع والصرف. قال الطرطوشي في كتاب البدع: أراد بالقضاء المعتاد الذي فيه يسير العمل وقليل العين، وأما لو كان قضاء بمال جسيم يحتاج [للمؤنة[918]] والوزن والانتقاد ويكثر فيه العمل فإنه مكروه.

فرع: قال في أواخر كتاب الجامع من الذخيرة: قال مالك: وينهى السؤال عن السؤال في المسجد والصدقة في المسجد غير محرمة. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة: ويكره العمل في المساجد إلى آخره ينبغي أن تنزه المساجد عن البيع والشراء، واستخف في البيان قضاء الدين وكتب الحق فيه -ما لم يطل- وإنشاد الضالة وعمل الصناعة والسؤال. قال ابن عبد الحكم في النوادر: من سأل [فلا يعط[919]] وأمر بحرمانهم وردهم خائبين. قال التادلي: كان الشيخ أبو عبد الله محمد بن عمران يغلظ عليهم في النهي وربما أمر بإخراجهم إلى السجن، وكان بعض الشيوخ على العكس منه، فيرفق بهم ويسأل عن

الحديث ....

[917] *- في المطبوع أو يعطيه وما بين المعقوفين من م5 وسيد3 ومايابى10 ويحيى6 ويم34.

[918] – في المطبوع المؤنة وما بين المعقوفين من ن ذي ص13.

[919] – في المطبوع ويحيى6 ويم7 فلا يعطى وما بين المعقوفين من ن عدود ص13. م5 ومايابى10.

نص خليل وَإِنَاءٌ لِبَوْلٍ إِنْ خَافَ سَبُعًا كَمَنْزِلٍ تَحْتَهُ وَمُنِعَ عَكْسُهُ كَإِخْرَاجِ رِيحٍ وَمُكْثٍ بِنَجِسٍ وَكُرِهَ أَنْ يَبْصُقَ بِأَرْضِهِ وَحَكُّهُ وَتَعْلِيمُ صَبِيٍّ.

متن الحطاب أحوالهم ويتصدق عليهم، فالأول تصرف بالشرع، والثاني بعين الحقيقة. انتهى. وقال في الإكمال لما تكلم على قوله صلى الله عليه وسلم: {إنما بنيت المساجد لما بنيت له[1]}: قال بعض شيوخنا إنما يمنع في المساجد من عمل الصناعات ما يختص بمنفعة آحاد الناس مما يتكسب به، فلا يتخذ المسجد متجرا، فأما إن كانت لما يشمل المسلمين في دينهم مثل المثاقفة وإصلاح آلات الجهاد مما لا مهنة في عمله للمسجد فلا بأس به انتهى.

فرع: قال في الذخيرة: ويجعل الماء العذب في المساجد، وكان في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم. انتهى.

ص: وإناء لبول إن خاف سبعا ش: قال ابن العربي: وكذلك الغريب إذا لم يجد أين يدخل دابته فإنه يدخلها في المسجد إذا خاف عليها من اللصوص. انتهى.

ص: ومنع عكسه ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الإجارة عند قول المصنف: "وسكنى فوقه" بما فيه كفاية.

فرع: قال ابن رشد في رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: لا خلاف أن لظاهر المسجد من الحرمة ما للمسجد، ولا يورث المسجد ولا البنيان الذي فوقه، ويورث البنيان الذي تحته، وإنما اختلف في صلاة الجمعة عليه هل تكره ابتداء وتصح إن فعلت، أو لا تصح ويعيد أبدا؟. والله أعلم.

ص: كإخراج ريح ش: عده المصنف في المحرمات، وقال ابن العربي في عارضته في باب تطييب المساجد في شرح قول عائشة: أمر عليه الصلاة والسلام ببناء المساجد وأن تنظف وتطيب،[2] ونظافتها أن لا تبقى فيها قمامة من الخرق والقذى والعيدان: وليس من ذلك الحدث يكون فيه من ريح أو صوت، ولا يناقض تنظيفه تعليق قنو فيه من ثمر يأكله المساكين، ولا [الأكل[920]] فيه إذا وضع لقاطة أو سقاطة ما يأكل في حجره أو كمه. انتهى. وقال في باب المشي إلى المسجد وانتظار الصلاة فيه في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {لا تزال الملائكة تصلي على أحدكم ما دام في المسجد اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يحدث[3]} قال رجل من حضرموت لأبي هريرة: ما الحدث؟ قال: فساء أو ضراط فيه دليل على جواز إرسالهما في المسجد كما يرسله في بيته إذا احتاج إلى ذلك، وأن المسجد إنما ينزه عن نجاسة عينية. انتهى.

14 ص: ومكث بنجس ش: هذا الذي صدر به ابن شعبان قال في التوضيح: قال في/ مختصر ما ليس في المختصر: ويجب على من رأى في ثوبه دما كثيرا في الصلاة أن يخرج من المسجد ولا يخلعه فيه.

الحديث

1 – عن سليمان بن بريدة عن أبيه أن رجلا نشد في المسجد فقال من دعا إلى الجمل الاحمر فقال النبي صلى الله عليه وسلم لا وجدت إنما بنيت المساجد لما بنيت له، مسلم في صحيحه، كتاب المساجد، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972. رقم الحديث 569.

2 – أمر النبي صلى الله عليه وسلم ببناء المساجد في الدور وأن تنظف وتطيب. الترمذي، دار الفكر 1995، رقم الحديث 594.

3 – ولفظ البخاري: ..وتصلي –يعني– عليه الملائكة ما دام في مجلسه الذي يصلي فيه اللهم اغفر له اللهم ارحمه ما لم يوذ: يحدث فيه. البخاري في صحيحه، كتاب الصلاة، ط. دار الفجر 2005، رقم الحديث477.

– مسلم، كتاب المساجد، رقم الحديث 649 .

– جامع الترمذي بعارضة الأحوذي ، كتاب الصلاة، دار الفكر 1995، رقم الحديث 330.

---

920 – في المطبوع ولا أكل وما بين المعقوفين من ن عدود ص13. ويحيى6. ويم7 م5 ومايابى11.

نص خليل وَبَيْعٌ وَشِرَاءٌ وَسَلُّ سَيْفٍ وَإِنْشَادُ ضَالَّةٍ وَهَتْفٌ بِمَيِّتٍ وَرَفْعُ صَوْتٍ كَرَفْعِهِ بِعِلْمٍ وَوَقِيدُ نَارٍ وَدُخُولُ كَخَيْلٍ لِنَقْلٍ وَفَرْشٌ أَوْ مُتَّكَأٌ.

متن الحطاب قال: وقد قيل يخلعه ويتركه بين يديه ويغطي الدم. انتهى. وقال القلشاني في شرح الرسالة من رأى بثوبه كثير دم فقال ابن شعبان يخرج من المسجد ولو كان في صلاة، وقال غيره ينزعه ويتركه بين يديه ساترا نجاسته ببعضه، وقال القلشاني: قلت: وعليهما الخلاف في إدخال النعل الذي لحقته نجاسة في محفظة أو ملفوفة في خرقة كثيفة. انتهى. وقال الأقفهسي: قال الجزولي ودخول المسجد بالثوب النجس مكروه، وكذلك [نعليه[921]] إذا كان فيهما نجاسة فلا يدخلهما المسجد حتى يحكهما ولا يغسلهما فإن ذلك يفسدهما. انتهى. فما ذكره من الكراهة مخالف لما مشى عليه المصنف، وأما ما ذكره فظاهر، ولا ينبغي أن يكون خلافا. والله أعلم.

ص: **وبيع** ش: أي يكره البيع في المسجد، وفي جامع الذخيرة وجوز مالك أن يساوم رجلا ثوبا عليه أو سلعة تقدمت رؤيتها. انتهى. وقال الجزولي في شرح الرسالة: ولا يجوز البيع في المسجد ولا الشراء واختلف إذا رأى سلعة خارج المسجد هل يجوز أن يعقد البيع في المسجد أم لا؟ قولان من غير سمسار، وأما البيع بالسمسار فيه فممنوع باتفاق، فإن وقع البيع في المسجد فقال ابن بطال: الإجماع على أنه لا يفسخ وأنه ماض.انتهى من باب السلام والاستئذان. وانظره في الاعتكاف، وقال الشيخ يوسف بن عمر: وإن حضرت السلعة والسوام فذلك حرام. انتهى أوله بالمعنى.

ص: **وإنشاد ضالة** ش: قال الطرطوشي في كتاب البدع: ولو لم يرفع بذلك صوته ولكن يسأل عن ذلك جلساءه غير رافع صوته فلا بأس بذلك؛ لأنه/ من جنس المحادثة وذلك غير ممنوع. انتهى. يريد غير مكروه كما يفهم من كلامه. **فرع**: قال القرطبي في شرح مسلم في قوله: إن عمر مر بحسان ينشد الشعر في المسجد فلحظ إليه قال: أي أومأ إليه بعينه أن اسكت، وهذا يدل على أن عمر كان يكره إنشاد الشعر في المسجد، وكان قد بنى رحبة في خارج المسجد، وقال: من أراد أن يلغط أو ينشد شعرا فليخرج إلى هذه الرحبة، وقد اختلف في ذلك فمن مانع مطلقا، ومن مجيز مطلقا، والأولى التفصيل فما كان يقتضي الثناء على الله تعالى أو على رسوله أو الذب عنهما كما كان شعر حسان، أو يتضمن الحث على الخير فهو حسن في المساجد وغيرها، وما لم يكن كذلك لم يجز؛ لأن الشعر لا يخلو في الغالب عن الكذب والفواحش والتزيين بالباطل، ولو سلم من ذلك فأقل ما فيه اللغو والهذر، والمساجد منزهة عن ذلك لقوله تعالى: ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه ﴾ ولقوله عليه السلام: {إن هذه المساجد لا يصلح فيها شيء من كلام الناس، إنما هي للذكر والصلاة وقراءة القرآن[1]}. انتهى. **فرع**: قال الطرطوشي في الكتاب المذكور: ولم أر لمالك شيئا في كتابة المصاحف في المساجد. قال: وأما الرجل المتقي الذي يصون المسجد ويكتب المصاحف فظاهره الجواز. انتهى.

فرع: وأما الوضوء في المسجد فقال الفاكهاني في شرح الرسالة في قوله: "ويكره العمل في المساجد من خياطة ونحوها" حكى الباجي في الوضوء في صحن المسجد قولين، والقولان في الواضحة أيضا. قال ابن بشير: رأيت بعض أشياخي توضأ في المسجد، وأظنه بلع المضمضة والاستنشاق أو كلاما هذا معناه. انتهى.

الحديث 1- والذي في صحيح مسلم: إن هذه المساجد لا تصلح لشيء من هذا البول ولا القذر إنما هي لذكر الله عز وجل والصلاة وقراءة القرآن، كتاب الطهارة، رقم الحديث 285. وفيه أيضا في كتاب المساجد: إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن، رقم الحديث 537، ط. دار إحياء التراث العربي.

[921] *- كذا في النسخ.

نص خليل وَلِذِي مَأجَل وَبِئْر وَمِرْسَال مَطَر كَمَاءٍ يَمْلِكُهُ مَنْعُهُ وَبَيْعُهُ إلاَّ مَنْ خِيفَ عَلَيْهِ وَلاَ ثَمَنَ مَعَهُ وَالأَرْجَحُ بِالثَّمَن كَفَضْل بِئْر زَرْع خِيفَ عَلَى زَرْعِ جَارِهِ بِهَدْمِ بِئْرِهِ وَأَخَذَ يُصْلِحُ وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ كَفَضْل بِئْر مَاشِيَةٍ بِصَحْرَاءَ هَدَرًا إن لَمْ يُبَيِّن الْمِلْكِيَّةَ وَبُدِئَ بِمُسَافِرٍ وَلَهُ عَارِيَة آلَةٍ ثُمَّ حَاضِرٍ ثُمَّ دَابَّةِ رَبِهَا بِجَمِيعِ الري وَإِلاَّ فَبِنَفْسِ الْمَجْهُودِ.

متن الحطاب وقال في آخر سماع موسى من كتاب الطهارة: سئل ابن القاسم في الذي يتوضأ في صحن المسجد وضوءا طاهرا فقال: لا بأس بذلك وتركه أحب إلي، وسئل عنها سحنون فقال لا يجوز. قال ابن رشد: لا وجه للتخفيف في ذلك، وقول سحنون لا يجوز أحسن لقوله تعالى: ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ فواجب أن ترفع وتنزه عن أن يتوضأ فيها لما يسقط فيها من غسل الأعضاء من أوساخ ولتمضمضه فيه أيضا، وقد يحتاج إلى الصلاة في ذلك الموضع فيتأذى المصلي بالماء المهراق فيه، وقد روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {اجعلوا مطاهركم على أبواب مساجدكم[1]} ولقد كره مالك أن يتوضأ رجل في المسجد [وإن سقط[922]] وضوؤه في طست، وذكر أن هشاما فعله فأنكر الناس ذلك عليه، ونقله ابن عرفة في كتاب الصلاة، وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في هذا المحل: قال الباجي واختلف أصحابنا في الوضوء فأجازه ابن القاسم في صحنه في رواية موسى بن معاوية، وكرهه سحنون لما في ذلك من مج الريق في المسجد. قال الباجي: ورحاب المسجد كالمسجد في التنزيه. انتهى.

قال في المدخل في الكلام على الإمام والبدع المحدثة في المسجد لما تكلم على الخلاوي المبنية على سطح المسجد: وقد منع علماؤنا الوضوء في المسجد، ومن كان ساكنا في سطوحه فإنه يتوضأ فيه، وذلك ممنوع كما لو توضأ داخل المسجد لأن حرمة سطحه كحرمته، واختلف في الخطيب إذا أحدث أثناء خطبته أو بعد فراغه هل يجوز له أن يتوضأ في المسجد؟ فروى ابن القاسم أنه لا بأس أن يتوضأ في المسجد في صحنه وضوءا طاهرا، وكرهه مالك وإن كان في طست، ومن يتوضأ في سطحه أو في البيوت التي فيه إنما يتوضأ في داخل المسجد وذلك ممنوع. انتهى. وظاهره أنه حرام لا يجوز، وأن الخلاف إنما هو في الخطيب فانظره مع ما تقدم.

قال الزركشي من الشافعية في أحكام المساجد: الثامن: قال ابن المنذر: أباح كل من يحفظ عنه العلم الوضوء في المسجد [إلا أن يتوضأ في مكان يبله ويتأذى[923]] الناس به فإنه مكروه، ويشترط أن لا يحصل تمخط بالاستنشاق ولا بصاق بالمضمضة ونحو ذلك من التنخم، وإلا فينتهي إلى التحريم.

16 وحكى المازري/ عن بعضهم الجواز مع ذلك؛ لأن البصاق إذا خالطه الماء صار في حكم المستهلك فكان كما تقدم، وهو يقتضي أنه مع بقاء العين يحرم ولا شك فيه. قال: وينبغي أن يبلع الماء الذي يتمضمض به للخلاص من ذلك، وتحصل به سنة المضمضة. ثم قال: وحكي عن مالك كراهته تنزيها للمسجد. انظر بقية كلامه.

ص: ولذي مأجل وبئر ش: نبه بقوله: "مأجل وبئر" على أنه لا فرق بين ما ينقص بالاغتراف ولا يخلفه غيره كالمأجل أو يخلفه غيره كالبئر.

ص: بهدم بئر ش: هو متعلق بقوله خيف فيفهم منه أنه زرع على ماء وأنه لو زرع على غير أصل

الحديث 1 – عن واثلة بن الأسقع أن النبي صلى الله عليه وسلم قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم وشراءكم وبيعكم وخصوماتكم ورفع أصواتكم وإقامة حدودكم وسل سيوفكم واتخذوا على أبوابها المطاهر وجمروها في الجمع، سنن ابن ماجه، كتاب المساجد، رقم الحديث 750.

922 – في المطبوع وأن يسقط وما بين المعقوفين من م6.

923 – في المطبوع أن لا يتوضأ وما بين المعقوفين من ن عدود ص15. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايابى12.

نص خليل وَإِنْ سَالَ مَطَرٌ بِمُبَاحٍ سُقِيَ الأَعْلَى إِنْ تَقَدَّمَ لِلْكَعْبِ وَأُمِرَ بِالتَّسْوِيَةِ وَإِلاَّ فَكَحَائِطَيْنِ وَقُسِمَ لِلْمُتَقَابِلَيْنِ كَالنيل وَإِن مُلِكَ أَوَّلاً قُسِمَ بِقِلْدٍ أَوْ غَيْرِهِ وَأُقْرِعَ لِلتَّشَاحِّ فِي السَّبْقِ وَلاَ يَمْنَعُ صَيْدَ سَمَكٍ وَإِن مِنْ مِلْكِهِ وَهَلْ فِي أَرْضِ الْعَنْوَةِ فَقَطْ أَوْ إِلاَّ أَنْ يَصِيدَ الْمَالِك تَأْوِيلاَنِ وَكَلأٌ بِفَحْصٍ وَعَفاءٍ لَمْ يَكْتَنِفْهُ زَرْعُهُ بِخِلاَفِ مَرْجِهِ وَحِمَاهُ. **باب** صَحَّ وَقْفُ مَمْلُوكٍ.

متن الحطاب [ماء[924]] لم يجب على جاره دفع فضل مائه له وهو كذلك. قال في المدونة في كتاب حريم الآبار: ولو حرث جار لك على غير أصل ماء له فلك منعه أن يسقي بفضل ماء بئرك التي في أرضك إلا بثمن إن شئت. أبو الحسن: قالوا هذا إذا كان له ثمن. ابن يونس: أما إذا كان لا ثمن له ولا ينتفع صاحبه بفضله فما الذي يمنع الجار أن يبتدئ الزرع عليه؟ وذكره أبو إسحاق. انتهى. وقال ابن رشد في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار: من حق من قرب من المياه أن ينتفع بما

17 فضل منها دون ثمن إن لم يجد له صاحبه ثمنا باتفاق، وإن وجد فعلى/ اختلاف. انتهى.

ص: **وإن سال مطر بمباح سقي الأعلى** ش: تصوره ظاهر، وسئلت عن أرض كانت تشرب بالسيل

18 من قديم الزمان بغير تسبب للماء ثم يمر [الماء[925]] بعد شربها إلى أرض أسفل منها،/ ثم إن السيول تكاثرت وعظمت فأحرجت مشربها وأحالت الماء من ممره القديم إلى ممر آخر فصار يسقي السفلى، وتعطلت العليا واندرس مشربها مدة سنين، فأراد أهل العليا أن يعمروا مشربهم ويتسببوا للماء فمنعهم أهل السفلى فهل لهم ذلك أم لا؟ فأجبت أولا لأهل الأرض العليا أن يعمروا مشربهم المندرس، وليس لأهل السفلى منعهم من ذلك، وليس لأهل الأرض العليا أن يسدوا المشرب الذي أحدثته السيول للماء قبل بلوغه إلى أرضهم؛ لأن الماء غيث يسوقه الله إلى من يشاء. قال الله تعالى: ﴿ ولقد صرفناه بينهم ليذكروا ﴾ يريد المطر، فإذا صرفه إلى قوم فلا ينبغي لأحد أن يقطعه عنه، ثم حصل عندي توقف في ذلك لكون الأرض التي تسقى أسفل من الأرض الأخرى، أما إذا كان المشرب الذي انفتح تشرب به أرض أعلى من أرض هؤلاء الذين يريدون سد المشرب المنفتح فليس لهم ذلك بلا توقف، وقطعت السؤال الذي كتبت عليه الجواب أولا. والله أعلم. والمسألة في سماع عيسى من كتاب السداد والأنهار، ونقله في النوادر ونقله ابن عرفة. والله سبحانه أعلم.

ص: **باب صح وقف مملوك** ش: قال ابن عرفة: الوقف مصدرا إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه ولو تقديرا، فتخرج عطية الذوات والعارية والعمرى والعبد المخدم حياته يموت قبل موت ربه؛ لعدم لزوم بقائه في ملك معطيه لجواز بيعه برضاه مع معطاه، وقول ابن عبد السلام: إعطاء منافع على سبيل التأبيد يبطل طرده بالمخدم حياته، ولا يرد بأن جواز بيعه [يمنع[926]] اندراجه تحت التأبيد؛ لأن التأبيد إنما هو في الإعطاء وهو صادق على المخدم المذكور لا في لزوم بقائه في ملك معطيه، وهو اسما ما أعطيت منفعته مدة إلى آخره، وصرح الباجي ببقاء ملك المحبس على محبسه، وهو لازم تزكية حوائط الأحباس على ملك محبسها، وقول اللخمي: آخر الشفعة الحبس يسقط ملك

الحديث ....

[924] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص16. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايابى12.

[925] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص17. ويحيى ص7. ويم8 م6 ومايابى13.

[926] – في المطبوع ممنوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص18. ويحيى8. ويم8 م6 ومايابى13.

نص خليل ....

متن الحطاب المحبس غلط. انتهى. ويخرج من حد ابن عرفة الحبس غير المؤبد، وقد صرح بجوازه ابن الحاجب والمصنف. ثم قال ابن عرفة: وهو مندوب إليه لأنه من الصدقة، ويتعذر عروض وجوبه بخلاف الصدقة. انتهى. وقال في المقدمات: والأحباس سنة قائمة عمل بها رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون من بعده. انتهى. وقال في اللباب: حكمه الجواز خلافا لأبي حنيفة، وحقيقته لغة الحبس، وشرعا حبس عين لمن يستوفي منافعها على التأبيد. انتهى.

قال النووي: وهو مما اختص به المسلمون قال الشافعي رضي الله عنه: لم يحبس أهل الجاهلية فيما علمته دارا ولا أرضا تبررا بحبسها وإنما حبس أهل الإسلام. انتهى. وقوله: "مملوك" تصوره واضح، واحترز به من وقف الإنسان نفسه على نوع ما من العبادات. كذا ذكر ابن عبد السلام عن الغزالي، ولما كان كلامه شاملا لكل مملوك بين ما هو داخل وما فيه تردد بقوله: "وإن بأجرة" إلى قوله "تردد"، وظاهر كلامه سواء كان مشاعا أو غير مشاع. قال ابن الحاجب: يصح في العقار المملوك لا المستأجر من الأراضي والديار والحوانيت والحوائط والمساجد والمصانع والآبار والقناطر والمقابر والطرق شائعا وغيره.

قال في التوضيح: قوله شائعا أو غيره؛ يعني يجوز وقف العقار سواء كان شائعا كما لو وقف نصف دار أو غير شائع، ولا يريد المصنف أنه يجوز وقف المشاع من غير إذن شريكه، فإن ذلك لا يجوز ابتداء؛ أعني فيما لا يقبل القسمة، واختلف إن فعل هل ينفذ تحبيسه أم لا؟ وعلى الثاني اقتصر اللخمي آخر الشفعة. قال: لأن الشريك لا يقدر على بيع جميعها، وإن فسد فيها شيء لم يجد من يصلحه معه واختار ابن زرب الأول. اللخمي: وإن كانت مما تنقسم جاز له الحبس إذ لا ضرر عليه في ذلك، وسأل ابن حبيب ابن الماجشون / عمن له شرك في دور ونخل مع قوم فتصدق بحصته من ذلك على أولاده أو غيرهم صدقة محبسة، ومنها ما ينقسم، ومنها ما لا ينقسم، ومن الشركاء من يريد القسم قال: يقسم بينهم ما انقسم فما أصاب المتصدق منها فهو على التحبيس، وما لا ينقسم بيع، فما أصاب المتصدق من الثمن في حصته اشترى به ما يكون صدقة محبسة في مثل ما سبلها فيه المتصدق، واختلف هل يقضى عليه بذلك؟ انتهى. وبعضه في ابن عبد السلام، وقال ابن عرفة: وإطلاق ابن شاس وابن الحاجب إجازته في الشائع كقولها في آخر الشفعة. قال مالك: إن حبس أحد الشريكين في دار حظه منها على رجل وولده وولد ولده فباع شريكه حظه منها فليس له ولا للمحبس عليهم أخذه بالشفعة إلا أن يأخذه بالحبس فيجعله في مثل ما جعل حظه فيه. اللخمي: إن كانت الدار تحمل القسم جاز الحبس؛ إذ لا ضرر على شريكه بذلك إن كره البقاء على الشركة قاسم.

19

قلت: هذا على أن القسم تمييز حق، وعلى أنه بيع يؤدي إلى بيع الحبس، إلا أن يقال المنوع بيعه ما كان معينا لا المعروض للقسم؛ لأنه كالمأذون في بيعه من محبسه قال: وإن كان مما لا ينقسم فللشريك رد الحبس.

قلت: ومثله في نوازل الشعبي. قال: وإن كان علو وسفل لرجلين فلرب العلو رد تحبيس ذي السفل؛ لأنه إن فسد منه شيء لم يجد من يصلحه ولرب السفل رد تحبيس ذي العلو للضرر متى وَهَى منه ما يفسد سفله. والحائط كالدار فيما ينقسم وما لا ينقسم.

قلت: ومثل إطلاقها في تحبيس الشريك في الدار وقع في رسم كتب عليه ذكر حق من سماع ابن القاسم

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب من الشفعة، فتكلم فيه ابن رشد بحكم الشفعة وأعرض عن حكم الحبس المشاع، ولابن سهل عن ابن زرب: اختلف أهل العلم فيمن له حصة في دار لا تنقسم فحبسها فقال بعضهم تحبيسه لا ينفذ وأجازه بعضهم وبإجازته أقول، ثم ذكر كلام ابن الماجشون. ثم قال: قلت: في جواز تحبيس مشاع ربع ورثوه مشترك فيه مطلقا ووقفه على إذن شريكه فيما لا ينقسم، وإلا بطل، ثالثها يجوز مطلقا، ويجعل ثمن الحظ المحبس مما لا ينقسم مثل ما حبسه فيه لظاهرها مع ظاهر سماع ابن القاسم، ونص ابن زرب عن اللخمي والمذهب وابن حبيب مع ابن الماجشون، ويتخرج القول بالجواز في العلو والسفل. انتهى. وأقوى الأقوال الثاني لجعله اللخمي المذهب. ابن عرفة: المتيطي: إن أقر بعض الورثة بتحبيس ربع [ورثوه[927]] نفذ إقراره في حظه فقط.

قلت: مثله في النوادر لعبد الملك، وظاهره نفوذه مطلقا ولو كان فيما لا ينقسم، وهذا على القول بجوازه مطلقا في تحبيس المشاع واضح، وعلى وقفه على إذن شريكه فيه نظر. قال: وأشد ما على المنكر الحلف على أنه لا يعرف أن المحبس حبس عليهم. قلت: يريد إن كان ممن يظن به العلم. قال: وليس له رد اليمين؛ لأن الحبس لا يملك ملك المبيع؛ لأن مصيره للأعقاب والمرجع، ولا يحلف أحد عن أحد ولو نكل إذا ردت اليمين عليه لم يبطل الحبس عليه بنكوله فهذه وجوه تمنع رد اليمين في الحبس [وللباجي اختلف[928]] هل على المنكر يمين؟ فقال بعضهم عليه اليمين، وبعضهم لا يمين عليه. ابن زرب: نزلت في رجل حبس مالا وثبت حوزه فادعى بعض ورثته أن الحبس رجع إليه وسكن فيه حتى مات وأراد تحليف المحبس عليهم فقلت لا يمين عليهم، وقال بعض فقهاء عصرنا عليهم اليمين، وهو عندي خطأ. انتهى.

وقول ابن الحاجب والمقابر نقله ابن عرفة عن اللخمي. ثم قال: يريد بالمقابر المتخذة حيث يجوز اتخاذها. سمع ابن القاسم ثم ذكر كلام السماع مختصرا، ولنأت بالسماع من أصله، ونصه: وسئل عن فناء قوم كانوا يرمون فيه وفيه [غرض[929]] لهم، ثم إنهم غابوا عن ذلك فاتخذ مقبرة، ثم جاؤوا فقالوا نريد أن نسوي هذه المقابر ونرمي على حال ما كنا نرمي فقال مالك: أما ما قدم منها فأرى ذلك لهم،

20 وأما كل شيء جديد فلا أحب لهم درس ذلك. ابن رشد: أفنية الدور المتصلة / بطريق المسلمين ليست بملك لأرباب الدور كالأملاك المحوزة التي لأربابها تحجيرها على الناس؛ لما للمسلمين من الارتفاق بها في مرورهم إذا ضاق الطريق عنهم بالأحمال وشبهها، إلا أنهم أحق بالانتفاع بها فيما يحتاجون إليه من الرمي وغيره، فمن حقهم إذا اتخذت مقبرة في مغيبهم أن يعودوا إلى الانتفاع بالرمي فيها إذا قدموا، إلا أنه كره لهم درسها إذا كانت جديدة مسنمة لم تدرس ولا عفت لما في درس القبور، وروي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لأن يمشي أحدكم على الرضف خير له من أن يمشي على قبر أخيه[1]} وقال: {[2]إن الميت يؤذيه

الحديث
1 – لأن يمشي أحدكم على الرَّضفِ خير له من أن يمشي على قبر أخيه، البيان، ج2، ص220. ولفظ مسلم لأن يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص إلى جلده خير له من أن يجلس على قبر. كتاب الجنائز، رقم الحديث971.
2 – كشف الخفاء، ج1 ص299، ط. مؤسسة الرسالة.

927 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص19. ويم8 وم7 ومايابى14.
928 *– في المطبوع والباجي وما بين المعقوفين من م7 ويم7 ومايابى14 ويحيى354
929 – في المطبوع عرض ومايابى14 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص19. ويحيى8. ويم9 م7.

نص خليل وَإِنْ بِأُجْرَةٍ.

متن الحطاب في قبره ما يؤذيه في بيته} وقال ابن أبي زيد: إنما يكره درسها؛ لأنها من الأفنية، ولو كانت من الأملاك المحوزة لم يكره ذلك وكان لهم الانتفاع بظاهرها، وروي عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال: واروا في باطنها وانتفعوا بظاهرها. قال ابن رشد: ولو كانت من الأملاك المحوزة قد دفن فيها بغير إذنهم لكان من حقهم نبشهم منها وتحويلهم إلى مقابر المسلمين، وقد فعل ذلك بقتلى أحد لما أراد معاوية إجراء العين التي إلى جانب أحد أمر مناديا فنادى في المدينة من كان له قتيل فليخرج إليه وينبشه وليحوله. قال جابر: فأتيناهم فأخرجناهم من قبورهم رطابا لينين. انتهى. ابن عرفة: في استدلاله بفعل معاوية نظر؛ لأن قتلى أحد ما أقبروا إلا حيث جاز إقبارهم، واستدلاله بإخراجهم يوهم كون القبر غير حبس، والأقرب أنه فعله لتحصيل منفعة عامة حاجية حسبما يأتي في بيع الحبس لتوسعة جامع الخطبة، ولابن عات سئل بعضهم أيجوز حرث البقيع بعد أربعين سنة دون دفن فيه وأخذ ترابه للبناء؟ قال: الحبس لا يجوز أن يتملك. انتهى. ولم يظهر لي في تعقيب ابن عرفة وجلبه لهذا الكلام كبير فائدة فتأمله. والله أعلم.

ص: وإن بأجرة ش: هذا خلاف قول ابن الحاجب المتقدم لا المستأجر. قال ابن عبد السلام: في قول ابن الحاجب المملوك: ويمكن أن يريد المؤلف بهذا القيد اشتراط ملك الرقبة، وأنّ ملك المنفعة وحدها لا يكفي في التحبيس، ويدل على ذلك قوله: "[لا[930]] المستأجر" فيكون مراده المملوك رقبته لا منفعته بخصوصيتها، والأحسن أن يظهر [نائب فاعل[931]] اسم المفعول، فيقول المملوك رقبته ويقول [لا منفعته[932]] ويبقى مطلق المنفعة المقابل للرقبة ولا يختص ذلك بمنفعة الاستئجار. انتهى.

وقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب ويصح في العقار المملوك لا المستأجر اختصار لقول ابن شاس: لا يجوز وقف الدار المستأجرة، وفي كون مراد ابن شاس [نفى[933]]وقف مالك منفعتها أو [بيعها[934]] نظر، وفسره ابن عبد السلام في لفظ ابن الحاجب بالأول، وهو بعيد لخروجه بالمملوك، والأظهر الثاني، وفي نقله الحكم بإبطاله نظر لأن الحبس إعطاء منفعة دائما، وأمد الإجارة خاص، [فالزائد[935]] عليه يتعلق به الحبس لسلامته من المعارض ثم في لغو حوز المستأجر للحبس فيفتقر لحوزه بعد أمد الإجارة وصحته له، فيتم من حين عقده قولان مخرجان على قولي ابن القاسم وأشهب في لغو حوز المستأجر ما في إجارته لمن وهب له بعد إجارته وصحته له. انتهى. والذي استظهره في كلام ابن شاس فهمه القرافي عليه، ونصه: فرع: قال في الجواهر: يمنع وقف الدار المستأجرة لاستحقاق منافعها للإجارة، فكأنه وقف ما لا ينتفع به، ووقف ما لا ينتفع به لا يصح. انتهى. وهذا التوجيه ليس بظاهر، بل الظاهر قول ابن عرفة بصحة الحبس فتأمله. والله أعلم. واستبعاد ابن عرفة حمل ابن عبد السلام قول ابن الحاجب على المعنى الأول ليس بظاهر؛ لقوله في ترجمة الإجارة في الصناعات من كتاب الإجارة من المدونة: ولا بأس أن

الحديث ....

[930] - في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من م7.

[931] *- في المطبوع فاعل وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[932] *- في المطبوع لا منفعة وما بين المعقوفين من يحيى355 ومايابى15 ويم38 وم7.

[933] - في المطبوع إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص20. ويحيى ص8 ويم 10 م7 ومايابى15.

[934] - في المطبوع ومايابى15 يم 10 ويحيى9 م 7 بائعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص20.

[935] *- في المطبوع بالزائد وما بين المعقوفين من م7 ويحيى355 ومايابى15 وسيد4.

نص خليل وَلَوْ حَيَوَانًا وَرَقِيقًا.

متن الحطاب يكري أرضه على أن تتخذ مسجدا عشر سنين، فإذا انقضت كان النقض له.انتهى. ونقله المصنف في الإجارة، 21 ولأن الوقف لا يشترط فيه التأبيد، إلا أن كلام ابن عرفة جار على ما قدمه في حد الوقف، وتقدم أنه/ يخرج من حده الحبس غير المؤبد. قال الرصاع في شرح حدود ابن عرفة: فإن قلت إذا اكترى أرضا عشر سنين ليصيرها حبسا مسجدا في تلك المدة فكيف يصدق عليها حد الشيخ؛ يعني ابن عرفة؟.

قلت: هذه الصورة ذكروها في الحبس وقالوا: لا يشترط كون المحبس مالك الرقبة بل ما هو أعم كالمنفعة، وإلى ذلك أشار خليل بقوله: "وإن بأجرة" فيحتاج هذا إلى تأمل في دخولها. انتهى كلام الرصاع. والله أعلم.

ص: **ولو حيوانا** ش: تصوره واضح.

فرع: وأما الثياب فقال ابن عرفة: وفي الثياب [طريقا اللخمي في جوازه فيها[936]] ومنعه قولان لها، ولنقل ابن العطار مع القاضي الباجي لابن القاسم في العتبية لم أسمع من مالك في الثياب شيئا، ولا بأس به، وأجازه أشهب، فعلى جوازه يلزم لموافقته الشرع وكونه من العقود اللازمة، وعلى كراهته ففي جوازه ولزومه روايتان.

قلت: يريد بالجواز عدم اللزوم [لا أحد أقسام الحكم الخمسة[937]] وإلا لزم كون قسيم الشيء قسما منه، وهو محال. انتهى. ثم قال: وقول اللخمي والمتيطي الأصل في تحبيس ما سوى الأرض قوله صلى الله عليه وسلم: {من حبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن شبعه وريه في ميزانه 1} أخرجه البخاري، وهو شنيع في فهمه إن ضبط باء حبس بالتخفيف، وفي روايته إن ضبطها بالتشديد، وفي مثل هذا كان بعض من لاقيناه يحكي عن بعض شيوخه أنه كان يقول استدلالات بعض شيوخ مذهبنا لا ينبغي ذكرها خوف اعتقاد سامعها، ولا سيما من هو من غير أهل المذهب أن حال أهل المذهب أو جلهم مثل هذا المستدل، قال: ولقد رأيت لبعض متكلمي المتقدمين ردا على المنجمين وددت أنه لم يقله لسخافته، ورأيت للآمدي ردا عليهم [ليس منصفا[938]] وقف عليه. انتهى.

قلت: كلامه رحمه الله يقتضي أن لفظ الرواية في البخاري حبس بتخفيف الباء على وزن [نصر[939]] والذي في البخاري في كتاب الجهاد عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال النبي صلى الله عليه وسلم: {من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا وتصديقا بوعده [فإن[940]] شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة 2} انتهى. فلفظ البخاري احتبس على وزن افتعل، وكذلك نقله المنذري في الترغيب والترهيب

الحديث 1 – أنه سمع أبا هريرة رضي الله عنه يقول قال النبي صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله إيمانا بالله وتصديقا بوعده فإن شِبَعَهُ وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة، البخاري في صحيحه، دار الفجر، القاهرة 2005، رقم الحديث 2853.

2– الحديث السابق رقم1.

---

936 – في المطبوع طريقان اللخمي في جوازها ومنعه ويم 10 م 7 والمواق وما بين المعقوفين مـن ن عـدود ص20. ويحيى ص9 ومايابى16.

937 *– في لا أحد أحكام الأقسام وما بين المعقوفين من م8 ويحيى355 ومايابى16.

938 *– في مختصر ابن عرفة مخطوط ص355 وم8 ومايابى16 وسيد4 يسر منصفا ص21.

939 *– كذا في جميع النسخ.

940 *– في المطبوع فكان والذي في البخاري فإن وهو الذي في م8.

نص خليل كَعَبْدٍ عَلَى مَرْضَى لَمْ يَقْصِدْ ضَرَرَهُ وَفِي وَقْفِ كَطَعَامٍ تَرَدُّدٌ عَلَى أَهْلٍ لِلتَّمَلُّكِ كَمَنْ سَيُولَدُ.

متن الحطاب عن البخاري، ومقتضى كلام ابن عرفة رحمه الله أن حبس بالتخفيف ليس معناه أوقف، وهو مخالف لما قاله القاضي عياض في المشارق، ونصه: في باب الجامع في قوله: وأما خالد فإنه احتبس أدراعه أي أوقفها في سبيل الله، واللغة الفصيحة أحبس. قاله الخطابي. ويقال حبس مخففا وحبس مشددا. انتهى. فدل كلام القاضي على أن حبس بالتخفيف بمعنى حبس بالتشديد وهو الوقف، فصح ما قاله اللخمي والمتيطي، هذا إذا كانا نقلا الحديث بلفظ حبس، وإن كانا نقلاه بلفظ احتبس كما هو في صحيح البخاري فحرفه النساخ، فمعنى احتبس أوقف كما تقدم. كذا قال النووي وغيره، فصح ما قالاه إن الحديث المذكور أصل في تحبيس ما سوى الأرض، وكذا حديث خالد كما قاله القاضي عياض في شرح مسلم، وبقي النظر فيما اقتضاه كلامه من أن الرواية حبس فإنه خلاف ما في صحيح البخاري. والله أعلم.

ص: كعبد على مرضى ش: انظر المتيطي.

22 ص: وفي وقف كطعام تردد ش:/ أتى بالكاف لتدخل المثليات، ويشير بالتردد لما ذكره في الجواهر من منع وقف الطعام إن حمل كلامه على ظاهره، وما ذكره في البيان أن وقف الدنانير والدراهم وما لا يعرف بعينه إذا غيب عليه مكروه.

تنبيه: قال في الشرح الكبير: في هذا التردد نظر؛ لأنك إن فرضت المسألة فيما إذا قصد بوقف الطعام ونحوه بقاء عينه فليس إلا المنع؛ لأنه تحجير من غير منفعة تعود على أحد، وذلك مما يؤدي إلى فساد الطعام المؤدي إلى إضاعة المال، وإن كان على معنى أنه أوقفه للسلف إن احتاج إليه محتاج ثم يرد عوضه فقد علمت أن مذهب المدونة وغيرها الجواز، والقول بالكراهة ضعيف، وأضعف منه قول ابن شاس إن حمل على ظاهره. والله أعلم. انتهى.

قال في التوضيح: ولعل مراد المصنف -يعني ابن الحاجب- وابن شاس أنه لا يصح وقفه بشرط بقاء عينه. انتهى. وقال في الشامل: وفيها جواز وقف الدنانير والدراهم وحمل عليه الطعام، وقيل يكره. انتهى.

ص: على أهل للتملك ش: هذا الضابط ليس بشامل لخروج نحو المسجد والقنطرة منه، والصواب ما قاله ابن عرفة المحبس عليه ما جاز [صرف[941]] منفعة الحبس له أو فيه، وإن كان معينا يصح رده اعتبر قبوله. ابن شاس: لا يشترط في صحة الموقوف عليه قبوله إلا أن يكون معينا أهلا للرد والقبول، وفي كون قبوله شرطا في اختصاصه به أو في أصل الوقف خلاف. انتهى.

ص: كمن سيولد له ش: تصوره واضح. ولا معارضة بينه وبين قوله بعد هذا: "كعلى ولدي ولا ولد له" في كونه جعل له بيعه؛ لأنه هنا تكلم على صحة الوقف وهناك على لزومه وهما متغايران. قال ابن عرفة: المتيطي: المشهور المعمول عليه صحته على الحمل. ابن الهندي: زعم بعضهم أنه لا يجوز على الحمل، والروايات واضحة بصحته على من سيولد له، وبها احتج الجمهور على الحمل، وفي لزومه بعقده على من يولد قبل ولادته قولا ابن القاسم ومالك لنقل الشيخ، روى محمد بن المواز وابن عبدوس

الحديث ....

[941] *- في المطبوع ومیابی16 صرفه وما بين المعقوفين من يحيى9 ويم387 وم8.

نص خليل ....

متن الحطاب لمن حبس على ولده ولا ولد له بيع ما حبسه ما لم يولد له، ومنعه ابن القاسم قائلا لو جاز لجاز بعد وجود الولد وموته.

قلت: يرد بأنه لما لزم بوجوده استمر ثبوته لوجود متعلقه، وقبله لا وجود لمتعلقه حكما، والأولى احتجاج غيره بأنه حبس قد صار على مجهول من يأتي فصار موقوفا أبدا، ومرجعه لأولى الناس بالمحبس ولهم فيه متكلم. انتهى. وهو قريب من قول ابن الماجشون. قال ابن الحاجب: ولو قال على أولادي ولا ولد له ففي جواز بيعه قبل إياسه قولان. ابن الماجشون: يحكم بحبسه ويخرج إلى يد ثقة ليصح الحوز وتوقف ثمرته، فإن ولد له فلهم، وإلا فلأقرب الناس إليه. قال في التوضيح: قول ابن الماجشون ثالث يرى أن الحبس قد تم، وإن لم يولد له رجع إلى أقرب الناس بالمحبس، وقوله: "فإن ولد له فلهم" أي الحبس والثمرة، وإذا بقي وقفا عليهم رد إليه لأنه يصح حوزه لولده. قاله الباجي. انتهى. ومن التوضيح عن ابن القاسم قال: وإن مات قبل أن يولد له صار ميراثا. انتهى.

مسألة: سئلت عنها وهي رجل قال في كتاب وقفه أوقف كاتبه الدار الفلانية على ولده فلان ثم بعده على أولاده الثلاثة فلان وفلان وفلان وعلى من يحدثه الله له من الأولاد هل الضمير في قوله: "له" يرجع إلى الواقف، أو إلى الولد؟ فأجبت: أن الظاهر عوده على الولد؛ لأنه الأقرب، وهو الذي يدل عليه السياق. فقال السائل: إن الواقف قال في وصيته إني أوقفت الدار على ولدي فلان وعلى من يحدثه الله لي من الأولاد فبين مرجع الضمير؟ فأجبت بأنه يقبل قوله، فإن ابن رشد قال في أجوبته: يجب أن يتبع قول المحبس في وجوه تحبيسه، فما كان من نص جلي لو كان حيا فقال إنه أراد ما يخالفه لم يلتفت إلى قوله، ووجب أن يحكم به ولا يخالف حده فيه إلا أن يمنع منه مانع من جهة الشرع، وما كان من كلام محتمل لوجهين فأكثر حمل على أظهر محتملاته، إلا أن يعارض أظهرهما أصل فيحمل على/ الأظهر من باقيها إذا كان المحبس قد مات، ففات أن يسأل عما أراد بقوله من محتملاته 23 فيصدق فيه؛ إذ هو أعرف بما أراد وأحق ببيانه من غيره. انتهى. فعلم منه [أنه[942]] إذا كان حيا، وفسر اللفظ بأحد احتمالاته قبل تفسيره ولو كان خلاف الظاهر، ولا يقبل قوله في الصريح إذا ادعى أنه أراد خلاف معناه. والله أعلم. ثم رأيت في مسائل الحبس من البرزلي إذا قال حبس على فلان وكل ولد يحدثه الله له فقط. فالضمير عائد على الابن المحبس عليه لدلالة اللفظ عليه؛ لأن الضمير يعود على الأقرب. انتهى.

فرع: قريب من هذا المعنى قال القرافي في الذخيرة في باب الحبس من كتاب الدعوى: فرع: وقع فيه النزاع بين فقهاء العصر، وهو بعيد ينبغي الوقوف عليه، وهو إذا قال الواقف فمن مات منهم فنصيبه لأهل طبقته، وقد تقدم قبل هذا الشرط ذكر الواقف فبقي الضمير دائرا بين طبقة الواقف والموقوف عليه، فينبغي تعيين المقصود في الكتابة، وإذا نص على طبقة الموقوف عليه فيميز بين الأخ وابن العم؛ [لأنه[943]] مع ابن عمه الجميع أولاد عم وهو مع أخيه الكل إخوة فكلا الجهتين طبقة واحدة، فينبغي

الحديث ....

942 *- ساقطة من المطبوع والمثبت من يحيى9 وم9 وميابى17 ويم39.

943 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص23. ويحيى10 ويم11 م9 ومايابى17.

نص خليل وَذِمِّيّ وَإِن لَّمْ تَظْهَرْ قُرْبَة أَوْ يَشْتَرِط تَسْلِيمَ غَلَّتِهِ مِن نَّاظِرِهِ لِيَصْرِفَهَا أَوْ كَكِتَابٍ عَادَ إِلَيْهِ بَعْدَ صَرْفِهِ فِي مَصْرِفِهِ وَبَطَلَ عَلَى مَعْصِيَةٍ وَحَرْبِيّ وَكَافِرٍ لِكَمَسْجِدٍ.

متن الحطاب أن يبين ذلك؛ فيقول من إخوته أو يقول الأقرب فالأقرب، فيتعين الأخ فإنه وإن كان في الطبقة وابن العم كذلك إلا أن الأخ أقرب، فإن قال الأقرب فالأقرب فأفتوا بالتسوية في الشقيق والأخ للأب، فإن حجب الشقيق له ليس بالقرب بل [بالقوة،[944]] فإن قال طبقته وسكت فأفتى بعضهم بالأخ دون ابن العم. قال: لأنه حمل [للفظ[945]] على أتم [موارده،[946]] وبعض الفقهاء يتوهم أنه إذا قيل في طبقته فلا احتمال فيه، وليس كما قال لما بينت لك. انتهى. وقوله فلا احتمال فيه أنه إذا قيل في طبقته فإنما يدخل الإخوة فقط دون [بني العم[947]] من غير احتمال، فحاصله أنه إذا قيل رجع نصيبه لمن في طبقته ولم يزد على ذلك إنما يتنزل منزلته إخوته فقط دون بني عم؛ إما أصالة كما قال بعضهم، أو يحمل اللفظ على أتم [موارده[948]] كما قاله القرافي. والله أعلم. وهو فرع حسن.

ص: **وذمي** ش: ابن عرفة: تبع ابن الحاجب ابن شاس في قوله يجوز الوقف على الذمي وقبله ابن عبد السلام ولا أعرف فيها نصا للمتقدمين، والأظهر جريها على حكم الوصية. انتهى. وقال المواق: في نوازل ابن الحاج: من حبس على مساكين اليهود والنصارى جاز لقوله تعالى: ﴿ ويطعمون الطعام ﴾ ونقله ابن غازي في قول المصنف: "وأقاربه أقارب جهتيه وإن نصارى".

ص: **وبطل على معصية** ش: وانظر الوقف على المكروه والظاهر أنه إن كان مختلفا فيه فإنه يمضي وإن/ اتفق على كراهته فلا يصرف في تلك الجهة ويتوقف في بطلانه أو صرفه إلى جهة قربة، وكذا قال الشيخ أبو عبد الله ابن الحاج في المدخل في فصل الأذان جماعة بعد أن قرر أن الأذان جماعة على صوت واحد [بدعة مكروهة.[949]] قال: وفعلهم ذلك لا يخلو إما أن يكون لأجل الثواب، فالثواب لا يكون إلا بالاتباع، أو لأهل الجامكية، والجامكية لا تصرف في بدعة، كما أنه يكره الوقف عليها ابتداء. انتهى. 24

ص: **وكافر لكمسجد** ش: قال في الإكمال في كتاب الصلاة لما تكلم على بناء مسجده صلى الله عليه وسلم: قال المازري: أما نبش القبور وإزالة الموتى، فيمكن أن يقال لعله أن أصحاب الحائط لم يملكوهم تلك البقعة على التأبيد، أو لعله تحبيس وقع منهم في حال الكفر، والكافر لا تلزمه القربة كما قالوا إذا أعتق عبدا وهما كافران أن له أن يرده في الرق قبل إسلامهما ما لم يخرج من [يده[950]] ولم [يقدر[951]] أن أيدي أصحاب الحوائط زالت عن القبور لأجل من دفن فيها. قال عياض: لا يشترط في تحبيس أهل الكفر بقاء أيديهم أو زوالها؛ إذ القربة لا تصح منهم وعقودهم فيها غير لازمة، فلهم عند أشياخنا بلا خلاف الرجوع في أحباسهم ومنعها والتصرف فيها كيف شاؤا، ويفترق من العتق الذي شرط في إمضائه

الحديث ....

---

944 – في المطبوع بالقرعة وما بين المعقوفين من ن ذي ويحيى ص10 ويم11 ومايابى17.

945 *– في المطبوع اللفظ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى18 وسيد5.

946 *– في المطبوع مراده وما بين المعقوفين من يحيى356 ومايابى18 وسيد5 ويم39 الذخيرة ج8 ص204.

947 – في المطبوع بني عم العم وما بين المعقوفين من ن عدود ص23. ويحيى10 ويم11 م9 ومايابى18.

948 – في المطبوع و م. ص9 مراده وما بين المعقوفين من ن عدود ص23. ويحيى10 ويم11 ومايابى18.

949 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص24. ويحيى11 ويم11 وم9 ومايابى18.

950 – في المطبوع بلده وما بين المعقوفين من م9 وسيد5.

951 – في المطبوع يقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص24. ويحيى11 ويم11 وم9 ومايابى18.

نص خليل

أَوْ عَلَى بَنِيهِ دُونَ بَنَاتِهِ أَوْ عَادَ لِسُكْنَى مَسْكَنِهِ قَبْلَ عَامٍ أَوْ جُهِلَ سَبْقُهُ لِدَيْنٍ إِنْ كَانَ عَلَى مَحْجُورِهِ أَوْ عَلَى نَفْسِهِ وَلَوْ بِشَرِيكٍ أَوْ عَلَى أَنَّ النَّظَرَ لَهُ.

متن الحطاب

شيوخنا خروجه من يده إذ صار ذلك حقا للمعتق برفع يده عنه وتسريحه إياه وتمليكه نفسه فأشبه عقود هباتهم وأعطيتهم اللازمة. انتهى.

ص: **وعلى بنيه دون بناته** ش: أما إذا لم يجعل [لهن[952]] نصيبا فظاهر، وإذا شرط إخراجهن إذا تزوجن فصرح في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس بأن ذلك من إخراج البنات من الحبس، وأنه يبطل، وانظر لو حبس على البنات دون البنين، وظاهر كلام المتيطي أنه صحيح فإنه لما ذكر صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبنيه دون بناته عقبه بالخلاف في صحة ذلك، ثم ذكر بعده صفة ما يكتب في اشتراط المحبس أن يكون الحبس لبناته دون بنيه ولم يذكر فيه خلافا، فدل كلامه على أنه جائز. والله أعلم. وهو أيضا ظاهر كلام مالك في العتبية وكلام ابن رشد عليها، ونص كلام مالك في آخر الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس، وهي آخر مسألة منه: سئل مالك عن رجل تصدق [على بناته بصدقة حبسا،[953]] فإذا انقرض بناته فهي لذكور ولده وهو صحيح [فبتل ذلك لهن،[954]] فيكون للإناث حتى يهلكن جميعهن، وللرجل يوم هلكن كلهن ولد وولد ولد ذكور، فقال ولد الولد نحن من ولده ندخل في صدقة جدنا، وقال ولده لصلبه نحن آثر وأولى، فقال مالك: أرى أن يدخل معهم ولد الولد.

قال ابن رشد: قوله إنه يدخل ولد الولد بقوله: فهي لذكور ولده صحيح على المشهور في المذهب؛ لأن ولد الولد الذكر بمنزلة الولد إذا لم يكن ولد في الميراث فلما كان له حكم الولد في الميراث وجب أن يدخل في الحبس، وكذلك يدخل مع بناته لصلبه إذا تصدق على بناته بصدقة حبس بنات بنيه الذكور؛ لأن بنت الابن بمنزلة [الابنة[955]] في الميراث إذا لم يكن ابن ولا ابنة فلا شيء لذكور ولد المحبس في هذه المسألة حتى تنقرض بناته وبنات بنيه الذكور. انتهى. فقول ابن رشد فلا شيء لذكور ولد المحبس إلى آخره مع جواب مالك عما سئل عنه من دخول ولد الولد مع الأولاد، وعدم تعرضه للحكم في تخصيص البنات دون البنين يدل على جواز ذلك، ولو لم يكن ذلك جائزا لما سكت عنه فتأمله. والله أعلم./

25

ص: **أو عاد لسكنى منزله قبل عام** ش: وأما إن عاد إلى السكنى بعد عام فلا يبطل، وهذا في حق من يحوز لنفسه، وأما من يحوز له الواقف فإنه إن عاد إلى السكنى بطل الحبس والهبة. انظر التوضيح وابن عرفة في كتاب الهبة، وانظر كلام الشيخ زروق في شرح [قول[956]] الرسالة: "فإن لم يدع سكناه حتى مات بطلت".

ص: **أو على أن النظر له** ش: هذا إذا لم يكن على صغار ولده أو من في حجره، وأما من كان كذلك فهو الذي يتولى حيازة وقفهم والنظر لهم كما صرح به في المدونة وغيرها. والله أعلم.

الحديث ....

---

952 – في المطبوع ومايابى18 م9 ويم ص11 لهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص24. ويحيى ص11.

953 *– في المطبوع بناته حبسا وما بين المعقوفين من مايابى18 وم9 ويحيى357 ويم39.

954 *– في المطبوع مبتل ذلك لهذا وما بين المعقوفين من مايابى 18 وم9 ويحيى357 ويم39.

955 – في المطبوع الابن وم 9 ويم ص12 وما بين المعقوفين من ن ذي ص24. ويحيى11 ومايابى18.

956 – في المطبوع ومايابى19 ويحيى11 شرح الرسالة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص25. ويم12 م9.

نص خليل

أَوْ لَمْ يَحُزْهُ كَبِيرٌ وُقِفَ عَلَيْهِ وَلَوْ سَفِيهًا أو وَلِيُّ صَغِيرٍ أَوْ لَمْ يُخَلِّ بَيْنَ النَّاسِ وَبَيْنَ كَمَسْجِدٍ قَبْلَ فَلَسِهِ وَمَوْتِهِ وَمَرَضِهِ.

متن الحطاب

مسألة: سئلت عن رجل أوقف وقفا وشرط النظر لنفسه مدة حياته، وحكم بصحة الوقف قاض مالكي، فانتقل القاضي المذكور والواقف بالوفاة بعد مدة، فدعت زوجة الواقف أولاده إلى قاض مالكي آخر في ميراثها من الأرض الموقوفة فأظهروا كتاب الوقف، فأبطله وحكم لها بإرثها فهل يصح نقض الثاني أم لا؟ فأجبت: حكم القاضي الأول بصحة الوقف مخالف لمذهب إمامه وقد أخطأ في ذلك، ولكن لا يجوز لغيره أن ينقضه إذا كان ذلك القاضي الأول ممن تنفذ أحكامه؛ بأن يكون غير معروف بالجور، وأنه يتعمد [الأمور الباطنة،[957]] أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء، فإن كان كذلك فحكمه باطل على كل حال، وكذلك الثاني إن كان معروفا بالجور، أو بأنه يحكم بالجهل من غير مشاورة العلماء فأحكامه أيضا باطلة. والله سبحانه أعلم.

ص: **أو لم يحزه كبير ولو سفيها** ش: أشار بقوله: "سفيها" إلى أن حيازة السفيه لما أوقف عليه جائزة على القول الراجح، وفي وثائق الباجي أنها لا تصح، وظاهر كلام المصنف أن حيازة السفيه لما وقف عليه مطلوبة ابتداء وليس كذلك، بل الحائز له ابتداء وليه أو وصيه أو من يقدمه القاضي له، وإنما الخلاف إذا حاز لنفسه هل يصح حوزه أم لا؟ فالقول الراجح، وهو الذي مشى عليه المصنف أن حيازته لما وقف عليه جائزة، والذي في وثائق الباجي أنها لا تصح. قاله ابن رشد، ونقله في التوضيح، ونقله الشارح، والخلاف في صحة حيازة السفيه وعدم صحتها إنما هو إذا كان له ولي. قال في الشامل: فإن لم يكن له ولي جازت حيازته اتفاقا. انتهى. وقاله ابن راشد، ونقله في التوضيح، وأما حيازة وليه له فجائزة بلا خلاف بل [هي المطلوبة[958]] ابتداء، ولا يقال ظاهر كلام المؤلف أن الموقوف عليه إذا كان كبيرا سفيها فلا تكفي [حيازة الولي[959]] له، ولا بد من حوزه لما تقدم من أن الحائز له ابتداء إنما هو وليه، ويفهم ذلك من قول المصنف بعد: "إلا لمحجوره".

ص: **أو ولي صغير** ش: أشار به إلى أن الحكم ابتداء في الصغير أن الحائز له وليه، ولو حاز لنفسه لصح حوزه كالسفيه فحكم الصغير كالسفيه. قال في كتاب الطرر: ومن تصدق على صغير من أب أو غيره، ثم أسلم الصدقة إلى ذلك الصغير وحازها في صحة المتصدق بها فإنها حيازة تامة، وإن كان الحائز صغيرا وتنفذ الصدقة، إلا أنه يكره ابتداء أن يحوز الصغير، فإن وقع نفذ. / 26

تنبيهان: الأول: حكم الهبة حكم الوقف. نقله ابن عرفة في كتاب الهبة، وحكى القولين. والله أعلم.

الثاني: قال في الشامل: وصح أي الحوز بوكالة من المحبس عليه وإن بحضوره، وإن قدم الواقف من يحوز له جاز، وفي الهبة والصدقة يجوز للغائب فقط.

ص: **قبل فلسه وموته ومرضه** ش: دخل في المرض الجنون. قال في المتيطية: قال ابن القاسم في

الحديث

....

---

[957] *- في يم40 وم9 ومايابى19 ويحيى357 وسيد15 الأمور الباطلة.

[958] *- في المطبوع هو المطلوب وما بين المعقوفين من م9 ومايابى19 ويم40 ويحيى357 وسيد5.

[959] *- في المطبوع حيازة المولى وما بين المعقوفين من يم40 ومايابى19.

نص خليل

إِلاَّ لِمَحْجُورِهِ إِذَا أَشْهَدَ وَصَرَفَ الْغَلَّةَ لَهُ وَلَمْ تَكُنْ دَارَ سُكْنَاهُ أَوْ عَلَى وَارِثٍ بِمَرَضِ مَوْتِهِ إِلاَّ مُعَقَّبًا خَرَجَ مِنْ ثُلُثِهِ فَكَمِيرَاثٍ لِلْوَارِثِ كَثَلاَثَةِ أَوْلاَدٍ وَأَرْبَعَةِ أَوْلاَدِ أَوْلاَدٍ وَعَقَّبَهُ وَتَرَكَ أُمًّا وَزَوْجَةً فَيَدْخُلاَنِ فِيمَا لِلأَوْلاَدِ وَأَرْبَعَةَ أَسْبَاعِهِ لِوَلَدِ الْوَلَدِ وَقْفٌ وَانْتَقَضَ الْقَسْمُ بِحُدُوثِ وَلَدٍ لَهُمَا كَمَوْتِهِ عَلَى الأَصَحِّ لاَ الزَّوْجَةِ وَالأُمِّ فَيَدْخُلاَنِ، وَدَخَلاَ فِي مَا زِيدَ لِلْوَلَدِ بِحَبَّسْتُ وَوَقَفْتُ وَتَصَدَّقْتُ إِنْ قَارَنَهُ قَيْدٌ أَوْ جِهَةٌ لاَ تَنْقَطِعُ أَوْ لِمَجْهُولٍ وَإِنْ حُصِرَ.

متن الحطاب

العتبية: وكذلك إن فقد عقله قبل أن تحاز عنه الصدقة بطلت، يريد إلا أن يرجع إليه عقله قبل أن تحاز الصدقة عنه أو يصح من مرضه قبل أن يفوت فتنفذ الصدقة وتؤخذ منه. انتهى.

ص: **إلا لمحجوره** ش: قال في الشامل: وفي حوز الحاضن، ثالثها إن كان أما أو جدة [أو جدا[960]] صح، ورابعها إن كان غير جدة وأخ، وإلا فلا، والمنصوص ليس بحوز مطلقا، فلو شهدت بينة أن الأب صرف الغلة في مصالح نفسه فالمشهور البطلان. والله أعلم./

27

ص: **أو على وارث بمرض** [**موته**[961]] ش: قال ابن الحاجب: وإن شرك فما خص الوارث فميراث ويرجع بعد موت الوارث إلى مرجعه. قال في التوضيح: يعني فإن شرك المريض الوارث في الوقف مع غيره فذلك لا يوجب صحة الوقف مطلقا، وإنما يصح منه ما للأجنبي وما خص الوارث ميراث على جهة الملكية إن لم يكن معقبا، وإن كان معقبا رجع النصيب الموقوف بين جميع الورثة، ولا يبطل الوقف بسبب ما فيه من التعقيب، ويبقى بيد جميع الورثة على حكم الإرث ما دام المحبس عليه موجودا، فإذا انقرض المحبس عليه رجع إلى مرجعه. انتهى. وانظر ابن عرفة في آخر كلامه على مسألة ولد الأعيان.

ص: **بحبست ووقفت أو تصدقت إن قارنه قيد أو جهة لا تنقطع أو لمجهول وإن حصر** ش: هذا هو الركن الرابع وهو الصيغة. قال ابن الحاجب: أو ما يقوم مقامها، ثم بين ما يقوم مقامها بقوله ولو أذن في الصلاة مطلقا ولم يخص شخصا ولا زمانا فكالصريح. انتهى. وقوله: فلو أذن في الصلاة مطلقا أي إذنا مطلقا أو في الصلاة مطلقا ولم يخص به فرضا ولا نفلا، وقال في المسائل الملقوطة ولو بنى مسجدا وأذن في الصلاة فيه فذلك كالصريح لأنه وقف، وإن لم يخص زمانا ولا شخصا ولا قيد الصلاة فيه بفرض ولا نفل فلا يحتاج إلى شيء من ذلك ويحكم بوقفيته. انتهى. [وذكره[962]] والده في الباب السبعين من تبصرته، ثم ذكر اللفظ. ثم قال: ولفظ وقفت يفيد التأبيد. وقال ابن عبد السلام: يعني أنها أصرح ألفاظ الفصل [لأنها[963]] دالة على التأبيد بغير ضميمة، وعزاه في التوضيح لعبد الوهاب وغيره من العراقيين قال: وقال صاحب المقدمات وابن زرقون لفظ الوقف والحبس سواء، ويدخل في لفظ وقفت من الخلاف ما يدخل في حبست. انتهى. وهذا الثاني هو الذي/ مشى عليه المصنف خلافا لابن الحاجب؛ لأنه قدم لفظ الحبس على لفظ الوقف، ولا بد أن يكون الشرط راجعا إلى الألفاظ الثلاثة. ثم قال ابن الحاجب: وحبست وتصدقت إن اقترن به ما يدل على التأبيد من قيد أوجهة لا تنقطع تأبد،

28

الحديث

....

---

960 – في المطبوع جدة صح وما بين المعقوفين من ن عدود ص26. ويحيى11 ويم12 م 10 ومايابى19.

961 – في المطبوع موت وما بين المعقوفين من ن ذي ص26. ويحيى11 ويم 12 م 10 ومايابى19.

962 *- في المطبوع وذكرة وما بين المعقوفين من م10.

963 *- في المطبوع ولأنها وما بين المعقوفين من يم40 وسيد5.

نص خليل ....

متن الحطاب وإلا فروايتان. قال ابن عبد السلام: يعني أن لفظتي حبست وتصدقت لا يدلان على التأبيد بمجردهما، بل لا بد مع ذلك من ضميمة قيد في الكلام كقوله حبس لا يباع ولا يوهب وشبه ذلك من الألفاظ أو الجمع بين اللفظتين معا كما وقع في بعض الروايات إذا قال حبسا صدقة، أو ذكر لفظ التأبيد أو ضميمة جهة في الحبس لا تنقطع، ومراده عدم انحصار من يصرف إليه الحبس بأشخاص معينين كقوله حبس على المساكين أو على المجاهدين أو طلبة العلم، فإن انعدمت هذه القيود والجهات وشبهها ففي التأبيد حينئذ روايتان.

وظاهر كلام المؤلف أنه لا يختلف في التأبيد إذا وجدت هذه القيود أو الجهات، وذلك قريب مما قال في المدونة؛ إذا قال حبس صدقة أو حبس لا يباع ولا يوهب أن قول مالك لم يختلف في هذا أنه صدقة محرمة ترجع بمراجع الأحباس ولا ترجع إلى المحبس ملكا، ومع ذلك فابن عبد الحكم حكى عن مالك أنها ترجع إليه ملكا بعد موت المحبس عليه، وإن قال حبس صدقة، وكذا قال ابن وهب إنها ترجع ملكا إذا حبس على معينين ولو قال لا يباع ولا يوهب. نعم يعز وجود الخلاف بل ينتفي إذا اقترن به شيء من الجهات غير المحصورة، والمرجع في ذلك كله إلى مدلول العرف. انتهى. والذي يتحصل من كلامه في التوضيح أن الراجح من المذهب أن وقفت وحبست يفيدان التأبيد، سواء أطلقا أو قيدا بجهة لا تنحصر أو على معينين أو غير ذلك إلا في الصورة الآتية؛ وهي ما إذا قال وقف أو حبس على فلان المعين حياته أو على جماعة معينين حياتهم، وقيد ذلك بقوله حياتهم فإنه يرجع بعد موتهم ملكا للواقف إن كان حيا أو لورثته إن كان ميتا، وكذلك إذا ضرب لذلك أجلا فقال حبس عشر سنين أو خمسا أو نحو ذلك كما نص عليه اللخمي والمتيطي قالا: ولا خلاف في هذين الوجهين؛ أي إذا ضرب للوقف أجلا أو قيده بحياة شخص.

وأما لفظ الصدقة فلا يفيد التأبيد إلا إذا قارنه قيد كقوله لا يباع ولا يوهب، أو جهة لا تنقطع كصدقة على الفقراء والمساكين وطلبة العلم والمجاهدين يسكنونها أو يستغلونها، أو على مجهول ولو كان محصورا كعلى فلان وعقبه، وغير المحصور كعلى أهل المدرسة الفلانية أو الرباط الفلاني، فإن تجرد عن ذلك فلا يفيد الوقف، فإن كان على معين كقوله صدقة على فلان فهي له ملك، وإن كان لغير معين كالفقراء فالناظر يصرف ثمنها باجتهاده على المساكين يوم الحكم، ولا يلزم التعميم. قال في المقدمات: وللتحبيس ثلاثة ألفاظ: حبس، ووقف، وصدقة. ثم قال: وأما الصدقة فإن تصدق بذلك [على معينين مثل[964]] أن يقول هذه الدار صدقة على فلان، فهذا لا اختلاف فيه أنها لفلان ملك يبيعها ويهبها وتورث عنه، وإن تصدق بها على غير معينين ولا محصورين مثل أن يقول هذه الدار صدقة على المساكين أو في السبيل أو على بني زهرة أو بني تميم فإنها تباع ويتصدق [بها[965]] على المساكين على قدر الاجتهاد، إلا أن يقول صدقة على المساكين يسكنونها أو يستغلونها، فتكون حبسا على المساكين للسكنى والاغتلال ولا تباع، وإن تصدق بذلك على غير معينين إلا أنهم محصورون مثل أن يقول داري صدقة على فلان وعقبه هل ترجع بعد انقراض العقب مرجع الأحباس

الحديث ....

964 *- في المطبوع معينين ولا محصورين مثل وما بين المعقوفين من يم41 وسيد5 وم10 ومايابى21 ويحيى358 والمقدمات ج4 ص419.

965 - ساقطة في المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص28. ويحيى12 ويم13 م10 ومايابى21.

نص خليل ....

متن الحطاب على أقرب الناس بالمحبس، أو تكون لآخر العقب ملكا مطلقا؟ على قولين، روى أشهب عن مالك أنها تكون لآخر العقب ملكا مطلقا، وحكى ابن عبدوس أنها ترجع مرجع الأحباس، وهو قول مالك وبعض رجاله في المدونة، وقد قيل في المسألة قول ثالث إن ذلك إعمار وترجع بعد انقراض العقب إلى المصدق ملكا. انتهى./ 29

فائدة: قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قولهم لو اختلط عدد محصور بعدد محصور أو بغير محصور هذا اللفظ مما يتكرر في كتب الفقه وقل من يبين حقيقة الفرق بينهما، وقد نقلت في الروضة في آخر كتاب الصيد كلام الغزالي فيه. قال الإمام الغزالي: إن قلت كل عدد فهو محصور في علم الله، ولو أراد إنسان حصر أهل البلد لقدر عليه إن تمكن منهم، فاعلم أن تحرير أمثال هذه الأمور غير ممكن، وإنما يضبط بالتقريب فنقول كل عدد لو اجتمع في صعيد واحد لعسر على الناظر [عده[966]] بمجرد النظر كالألف ونحوه فهو غير محصور، وما سهل كالعشرة والعشرين فهو محصور، وبين الطرفين أوساط متشابهة تلحق بأحد الطرفين بالظن، وما وقع الشك فيه استفتي فيه القلب. هذا كلام الغزالي. انتهى كلام النووي.

فرع: قال في التمهيد: قال مالك إذا أعطي فرسا في سبيل الله فقيل له هو لك في سبيل الله فله أن يبيعه، وإن قيل هو في سبيل الله ركبه ورده، وذكر ابن القاسم عن مالك قال: قال مالك: من حمل على فرس في سبيل الله فلا أرى له أن ينتفع من ثمنه في غير سبيل الله إلا أن يقول له شأنك به فافعل به ما أردت، فإن قيل له ذلك فأراه مالا من ماله يعمل به في غزوه إذا هو بلغه ما يعمل به في ماله. قال: وكذلك لو أعطي ذهبا أو ورقا في سبيل الله، ومذهب مالك فيمن أعطي مالا ينفقه في سبيل الله أنه ينفقه في الغزو، فإن فضلت منه فضلة بعد ما مر غزوه لم يأخذها لنفسه وأعطاها في سبيل الله أوردها إلى صاحبها.انتهى من شرح الحديث السادس عشر لنافع عن ابن عمر[1]. وقال ابن يونس: وما جعل في سبيل الله من العلف والطعام لا يأخذ منه إلا أهل الحاجة، وما جعل في المسجد من الماء فليشرب منه كل أحد؛ لأن القصد منه عموم الناس ولا مهانة فيه. انتهى. قال في المسائل الملقوطة: مسألة فإن قيل ما تقولون في كتب العلم توجد على ظهورها وهوامشها كتابة الوقف؟ هل للحاكم أن يحكم بكونها وقفا بذلك؟ قيل: هذا يختلف باختلاف قرائن الأحوال، فإن رأينا كتبا [مودعة[967]] في خزانة في مدرسة وعليها كتابة الوقف، وقد مضى عليها مدة طويلة كذلك، وقد اشتهرت بذلك لم يشك في كونها وقفا، وحكمها حكم المدرسة في الوقفية، فإن انقطعت كتبها أو فقدت ثم وجدت وعليها تلك الوقفية وشهرة كتب المدرسة في الوقفية معلومة فيكفي في ذلك الاستفاضة، ويثبت مصرفه بالاستفاضة، وأما إذا رأينا كتبا لا نعلم مقرها ولا نعلم من كتب عليها الوقفية فهذه يجب التوقف في أمرها حتى يتبين حالها، وهو عيب يثبت للمشتري به الرد، فإذا تقرر هذا فينبغي الاعتماد على ما يوجد على

الحديث

1- ابن عبد البر في التمهيد، ج5 ص358، ط. دار الكتب العلمية، بيروت، رقم الحديث 322- 16.

966 *- في المطبوع عده وما بين المعقوفين من مايابى21 ويحيى358 ويم41.

967 *- في المطبوع مودوعة وما بين المعقوفين من م10 وسيد5.

نص خليل وَرَجَعَ إن انْقَطَعَ لأقْرَبِ فُقَرَاءِ عَصَبَةِ الْمُحَبِّس وَامْرَأَةٍ لَوْ رُجِّلَتْ عَصَّبَ فَإِنْ ضَاقَ قُدِّمَ الْبَنَاتُ وَعَلَى اثْنَيْنِ وَبَعْدَهُمَا عَلَى الْفُقَرَاءِ نَصِيبُ مَن مَّاتَ لَهُمْ إلاَّ كَعَلَى عَشَرَةٍ حَيَاتَهُمْ فَيُمْلَكُ بَعْدَهُمْ.

متن الحطاب أبواب الربط والمدارس والأحجار المكتوبة عليها الوقفية وتخليص شروطها إذا كانت تلك الأحجار قديمة واشتهر ذلك، ويقبل قول المتولي لذلك الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف. انتهى من التبصرة. انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقاله البرزلي وابن فرحون في تبصرته. والله أعلم.

ص: **ورجع إن انقطع لاقرب فقراء عصبة المحبس** ش: فإن كان أهل المرجع أغنياء فقيل يرجع إلى أولى/ الناس بهم وقيل يرجع إلى الفقراء والمساكين. انتهى من وثائق الجزيري. وقال في التوضيح: ما يقتضي أن المشهور أنه يرجع إلى الفقراء. والله أعلم. 30

ص: **وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات لهم** ش: انظر القاضي عبد الوهاب والفاكهاني في شرح قول الرسالة: "ومن مات من أهل الحبس رجع نصيبه على من بقي". انظر كلام ابن بطال في مقنعه. وأظنه في النوادر، وقد نقلت بعضه في الهبة في الكلام على العمرى، ومن هذا الباب مسألتان سئلت عنهما؛ إحداهما [في امرأة[968]] أوقفت دارا لها على ولدها عمر وعلى ذريته من بعده ثم على أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا، والطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى فتوفيت الواقفة وتسلم الوقف ولدها عمر المذكور ثم مات عن ذكر وثلاث بنات، ثم توفي من البنات اثنتان كل واحدة عن أولاد فهل [لأولادهما[969]] حصة مع وجود خالهم وخالتهم أم لا؟ فأجبت: لأولاد كل ميتة حصة والدتهم، وليس لخالهم ولا لخالتهم في ذلك شيء، ولا يمنع من ذلك قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى حسبما ذكر ابن رشد في أثناء شرح المسألة السادسة من أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس في مسألة من حبس على أولاده ثم على أولادهم من بعدهم أن من مات منهم فحظه لولده دون إخوته، وأطال في ذلك وذكر أن غيره من أهل زمانه خالفه في ذلك ثم رد عليه.

وقال في آخر الرد خطأ صراح، وذكر ابن عرفة كلامه في ذلك قبل الكلام على تحقيق لفظ المحبس عليه في مسألة الوقف على زيد وعمرو ثم على الفقراء، وذكر ابن رشد المسألة أيضا في نوازله، ونقلها عنه البرزلي أيضا في مسائل الحبس، وهذا الذي يؤخذ من قول الشيخ خليل: وعلى اثنين وبعدهما على الفقراء نصيب من مات [لهم،[970]] وأفتى بذلك الشيخ شمس الدين اللقاني وغيره في هذه اللفظة؛ أعني قوله الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى، وأن معناها أن الفروع لا تدخل مع أصولهم ولا يشاركونهم، وأن الولد يستحق ما كان لأبيه معتمدين على ما تقدم لابن رشد من مسألة الشيخ خليل هذه. والله أعلم.

وأما إذا قال وأولادهم فيدخل أولاد الأولاد مع الأولاد كما صرح به في مسائل الحبس من أحكام ابن سهل في مسألة قطيع حبس من جنة وفي غيره. والله أعلم./ والمسألة الثانية شخص أوقف ماله الفلاني على من سيولد له من ظهره من الأولاد، ذكرا كان أو أنثى، وعلى أولاد أولاده وأولاد أولاد أولاده أبدا ما تناسلوا وتعاقبوا بطنا بعد بطن، وعقبا بعد عقب يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء عدا أولاد البنات من 31

الحديث ....

---

[968] – في المطبوع امرة وما بين المعقوفين من مايابى22 وفي يم41 إحداهما امرأة.

[969] – في المطبوع أولادهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص30.

[970] *- في المطبوع منهم وما بين المعقوفين من يم42.

نص خليل ....

متن الحطاب بنيه وبنات بنيه ومن أسفل منهم فليس لهم دخول في ذلك وقفا صحيحا على من سيولد من ظهره، وعلى من ذكر بعدهم يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء، فهل قوله بطنا بعد بطن يمنع الطبقة السفلى من الدخول مع الطبقة العليا أم لا؟ فإن قلتم يمنع فما معنى قوله يدخل الأبناء مع الآباء؟ وإن قلتم لا يمنع فهل يقيد دخول الأبناء بوجود الآباء؛ بحيث إن من مات أبوه لا يدخل؛ لأن دخوله كان مقيدا بوجود أبيه؟ فأجبت: لا أعلم هذه المسألة بخصوصها منصوصة؛ أعني إذا قال الواقف بطنا بعد بطن. ثم قال: ويدخل الأبناء مع الآباء، والذي يظهر أن ذلك لا يمنع من دخول الأبناء مع الآباء وكلام الواقف يدل على دخولهم مع آبائهم في موضعين الأول منهما أنه عطف الأبناء على الآباء بالواو، وهي مقتضية لدخولهم معهم كما جزم بذلك علماؤنا.

والثاني وهو أقواهما [تصريحه[971]] بدخولهم مع الآباء مرتين، وأما قوله: "بطنا بعد بطن وعقبا بعد عقب" فالظاهر أنه إنما أراد به التنصيص على تأكيد استمرار الوقف وتأبيده على الوجه الذي ذكره على جميع البطون والأعقاب، وإذا ظهر دخولهم في الوقف مع آبائهم فدخول من مات أبوه في الوقف بعد موت أبيه أحرى وأولى، ولا يمنع من ذلك قول الواقف يدخل في ذلك الأبناء مع الآباء؛ لأن ذلك من باب مفهوم الموافقة الذي يكون فيه المسكوت عنه أولى بالحكم من المنطوق، وهو المسمى بفحوى الخطاب؛ لأن من المعلوم أن الناس يقصدون أن يكون ما كان لكل واحد من أولادهم لأولاده بعد موته، فإذا صرح الواقف بدخولهم مع أبيهم في حياته فدخولهم بعد موته أولى وأحرى، وأيضا فقد صرح علماؤنا فيما إذا وقف على أولاده ثم على أولادهم ثم أولاد أولادهم بأن الأبناء لا يدخلون مع آبائهم قالوا، فإذا مات ولد من أولاده وله أولاد فإن أولاده [يستحقون[972]] ما كان لأبيهم، ويدخلون في الوقف مع وجود أعمامهم، ولا يقال إن أولاد الأولاد لا يدخلون في الوقف إلا بعد انقراض جميع الأولاد. هذا هو الصحيح المعمول به، وأفتى شيوخنا المتأخرون الذين أدركناهم من أهل مصر وغيرهم بأن قول الواقف الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى إنما يمنع من دخول الولد مع أبيه، لا من دخوله مع أعمامه ومن في طبقة أبيه، فإذا صرح الواقف بدخول الأولاد مع آبائهم فلا يشك في دخولهم بعد موته. والله سبحانه وتعالى أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة راسلني بها شيخنا العلامة أحمد بن عبد الغفار من المدينة، ونصه: وقعت لنا مسألة بالمدينة وهي شخص وقف على أولاده وأولادهم، وشرط أن الطبقة العليا تحجب الطبقة السفلى. ثم قال: على أن من مات وله ولد انتقل نصيبه لولده، فإن لم يكن له ولد فنصيبه لمن هو في طبقته من أهل الوقف، فمات شخص من طبقته عن غير ولد، وثم شخص في طبقته؛ إلا أن أبا هذا الشخص موجود وهو محجوب به ليس له في الوقف استحقاق فهل يكون نصيب هذا الميت لهذا المحجوب بأبيه عملا بقول الواقف لمن هو في طبقته من أهل الوقف؛ لأنه من أهل الطبقة ومن أهل الوقف في الجملة؛ لأنه من أولاد الواقف، ولا يعارضه قول الواقف تحجب الطبقة العليا الطبقة السفلى؛ لأن معناه أن كل واحد من الطبقة يحجب فروعه لا فروع غيره، أو لا يستحق شيئا؛ لأنه ليس من أهل الوقف الآن إلا بالقوة لا بالفعل؟ والظاهر من

الحديث ....

[971] – في المطبوع تصريحه وما بين المعقوفين من م11 وسيد6.

[972] – في المطبوع ويستحقون وما بين المعقوفين من ن عدود ويم42 وم11 ويحيى359.

نص خليل

وَفِي كَقَنْطَرَةٍ وَلَمْ يُرْجَ عَوْدُهَا فِي مِثْلِهَا وَإِلاَّ وُقِفَ لَهَا وَصَدَقَة لِفُلاَن فَلَهُ أَوْ لِلْمَسَاكِين فُرِّقَ ثَمَنُهَا بِالاجْتِهَادِ وَلاَ يُشْتَرَطُ التَّنْجِيزُ وَحُمِلَ فِي الإطْلاَقِ عَلَيْهِ كَتَسْوِيَةِ أُنْثَى بِذَكَرٍ وَلاَ التَّأْبِيدُ وَلاَ تَعْيِينُ مَصْرِفِهِ وَصُرِفَ فِي غَالِبٍ وَإِلاَّ فَالْفُقَرَاءُ وَلاَ قَبُولُ مُسْتَحِقِّهِ إِلاَّ الْمُعَيَّنَ الأَهْلَ فَإِنْ رَدَّ فَكَمُنْقَطِعٍ وَاتُّبِعَ شَرْطُهُ إِنْ جَازَ كَتَخْصِيصِ مَذْهَبٍ أَوْ نَاظِرٍ.

متن الحطاب

قول الواقف من أهل الوقف إنما هو من كان مستحقا بالفعل الاحتمال الأول هو الذي ظهر لي، ولم أجزم في المسألة بشيء فاكتب لي ما عندك فيها نقلا أو بحثا. انتهى كلامه. والله أعلم./

32

ص: وفي كقنطرة لم يرج عودها في مثلها ش: قال البرزلي في أوائل مسائل الحبس: وإن جعله على وجه معين غير محصور كقوله حبس في السبيل، أو في وقيد مسجد، أو إصلاح قنطرة كذا فحكمه حكم المبهم المتقدم ذكره ويوقف على التأبيد، فإن تعذر ذلك الوجه لخلاء البلد أو فساد موضع القنطرة حتى لا يمكن بناؤها وقف إن طمع بصرفه إليه أو صرفه في مثله.

قلت: وقعت بتونس حبس الأمير أبو الحسن كتبا لمدرسة ابتدأها بالقيروان وأخرى بتونس، وجعل مقرها بيتا بجامع الزيتونة، فلما أيس من تمامها قسمت الكتب على مدارس تونس. انتهى.

ص: ولا يشترط التنجيز ش: ويصير كالمعتق إلى أجل لأن المعتق إلى أجل لا يضره استحداث سيده دينا قبل الأجل وذلك يضر عند التحبيس. / قاله ابن عبد السلام. قال ابن عرفة: ما قاله ابن عبد السلام ظاهر إن لم يحز عنه، وإن حيز عنه فإن [بتل[973]] منفعته في الأجل لغيره لم يضره حدوث الدين، وإن أبقاها لنفسه بطل بحدوث الدين على المشهور في لغو حوز المستأجر [على غيره،[974]] وعلى إعماله لا يبطل به. انتهى.

33

ص: واتبع شرطه إن جاز [كتخصيص[975]] مذهب ش: مفهوم قوله: "إن جاز" أنه إن شرط ما لا يجوز لا يتبع وهذا –والله أعلم– إذا شرط شيئا متفقا على منعه، وإلا فقد نص في النوادر والمتيطية وغيرهما أنه إذا شرط في وقفه إن وجد فيه ثمن رغبة بيع واشتري غيره أنه لا يجوز له ذلك، فإن وقع ونزل مضى وعمل بشرطه. قال في النوادر في ترجمة الرجوع في الحبس: وهل يباع؟ قال ابن الماجشون: لا أرى أن يستثنى في الدار أن يقول إذا وجد في الدار ثمنا رغيبا فلتبع ويشتر بثمنها دارا، وكذلك الأصول فإن استثناه في حبسه جاز ومضى. انتهى. وقال في المتيطية في ترجمة ما جاء في مراجع الأحباس: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وأصبغ في الواضحة: ولا يجوز أن يستثنى من الحبس في الرباع إن وجد ثمنا رغيبا فقد أذنت في بيع ذلك وأن يبتاع بثمن ذلك ربعا مثله؛ لأن هذا لا يقع فيه من الحاجة إلى بيع ذلك، والعذر في تغييره ما وقع في البيع عند الحاجة وإن استثناه مستثن جاز ومضى. انتهى. ونقله ابن سلمون أيضا، ومن ذلك اشتراط إخراج البنات من الوقف إذا تزوجن، وحصل ابن رشد فيها بعد الوقوع والنزول أربعة أقوال، ولنذكر كلام العتبية وكلامه برمته لما فيه من الفوائد. قال في العتبية في أثناء الرسم الأول من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس: قال مالك من حبس حبسا على

الحديث

---

[973] *– في المطبوع فإن له منفعته والمثبت من م11 ويحيى360 ومايابى23 ويم42.

[974] – في المطبوع لغيره وما بين المعقوفين من ن ذي ويم42 وم11 يحيى360 ومايابى23.

[975] – في المطبوع لتخصيص وما بين المعقوفين من ن ذي ص33. ويحيى14 و م11 ويم14 ومايابى23.

نص خليل ....

متن الحطاب ذكور ولده وأخرج البنات منه إذا تزوجن فإني لا أرى ذلك جائزا له. قال ابن القاسم: فقلت لمالك أترى أن يبطل ذلك ويسجل الحبس؟ قال نعم، وذلك وجه الشأن فيه. قال ابن القاسم: ولكن إذا فات ذلك فهو على ما حبس. قال ابن القاسم: إن كان المحبس حيا ولم يحز الحبس فأرى أن يفسخه ويدخل فيه الإناث، وإن كان قد حيز أو مات فهو كفوت ويكون على ما جعله عليه. قال ابن رشد: ظاهر قول مالك هذا أن الحبس لا يجوز، ويبطل على كل حال، خلاف مذهب ابن القاسم في أنه يمضي

34 إذا فات ولا/ ينقض، وفوت الحبس عندي أن يحاز عن المحبس على ما قاله في هذه الرواية أو يموت؛ يريد أو يموت بعد أن حيز عنه، ورأى أن الحبس إذا لم يحز عن المحبس عنه أن يبطل الحبس ويدخل الإناث فيه، وظاهر قوله وإن كره ذلك المحبس عليهم مراعاة لقول من يقول إن الصدقات والهبات والأحباس لا تلزم، ولا يجب الحكم بها حتى تقبض، وقد روي عن مالك أن ذلك مكروه من العمل، فعلى قوله هذا لا يفسخ الحبس إلا أن يرضى المحبس عليهم بفسخه وهم كبار، وذهب محمد بن المواز إلى أن ذلك ليس باختلاف من قول مالك فقال: إنما يفعل ما قاله مالك من فسخ الحبس، وأن يجعله مسجلا إنما ذلك ما لم يَأْبَهُ من حبس عليهم، فإن أبوا لم يجز له فسخه، ويقر على ما حبس وإن كان حيا إلا أن يرضوا له برده وهم كبار.

قال مالك: إن لم يخاصم فليرد الحبس حتى يجعله على صواب ظاهره إن كان لم يحز عنه، وهو على قياس القول بأن ذلك عنده مكروه من الفعل، وقال ابن القاسم وإن خوصم فليقره على حاله، ومعنى ذلك على مذهبه إن كان قد حيز عنه، وهو الذي ذهب إليه من التأويل في هذه المسألة عن ابن القاسم من أنه فرق في هذه الرواية في فسخ الحبس بأن [يحاز[976]] عنه أو لا يحاز، وقد تأول على ما حكاه محمد ابن المواز عن مالك وابن القاسم أنه ليس له أن يفسخ الحبس، وإن كان ذلك لم يحز عنه إلا بإذن المحبس عليهم ورضاهم، وقد تأول أيضا أن له أن يفسخه وإن كان قد حيز عنه، وإن أبى المحبس عليهم مراعاة لقول من لا يرى إعمال الحبس جملة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم شك بعد هذا من هذا السماع، وفي رسم نذر وتأول على قول مالك في هذه الرواية أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس عنه بعد أن حيز عنه الحبس، فيتحصل على هذا في المسألة أربعة أقوال: أحدها قول مالك هذا أن الحبس يفسخ على كل حال وإن مات المحبس بعد أن حيز عنه الحبس ويرجع لملكه، والثاني أن المحبس يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه، والثالث أنه يفسخه ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه، فإن حيز عنه لم يفعل إلا برضا المحبس عليهم، والرابع أنه لا يفسخه ويدخل فيه الإناث وإن لم يحز عنه إلا برضا المحبس عليهم. انتهى.

وقال اللخمي: وإخراج البنات من الحبس اختلف فيه على ثلاثة أقوال فقال مالك في المجموعة أكره ذلك، وقال في العتبية إن إخراج البنات إن تزوجن فالحبس باطل، وقال ابن القاسم: إن كان المحبس حيا فأرى أن يفسخه ويدخل فيه البنات وإن حيز أو مات فات وكان على ما حبسه عليه، وقال أيضا: إن كان المحبس حيا فليفسخه ويجعله مسجلا، وإن مات لم يفسخ، فجعل له أن يرده بعد الحوز ويجعله مسجلا ما لم يمت، وقال ابن شعبان: من أخرج البنات أبطل وقفه، وهذا مثل قول مالك

الحديث ....

[976] – في المطبوع يحازى وما بين المعقوفين من ن ذي ص34 ويحيى360 وميابى وم12 وم43.

نص خليل ....

متن الحطاب

في العتبية، فعلى القول الأول يكره فإن نزل مضى، وعلى القول الآخر يبطل إن لم يشركهم فيه، وعلى أحد قولي ابن القاسم يفسخ ما لم يحزه، وعلى القول الآخر يفسخ وإن حيز ما لم يفت. انتهى.
ونقل ابن عرفة كلامهما برمته. وقال إثر كلام ابن رشد: قلت: في قوله هو على قياس قوله أنه مكروه نظر؛ لأن المكروه إذا وقع أمضي ولم يفسخ، وذكر الأربعة ابن زرقون، وقال: الأولان تأولا على قول مالك في سماع ابن القاسم والثالث ظاهر قول ابن القاسم في سماعه، والرابع قول محمد، وقال الباجي قبل ذكرها ابن زرقون قال: قال ابن القاسم: إن فات ذلك مضى على شرطه/ وإن كان حيا ولم يحز عنه فأرى أن يرده ويدخل فيه البنات، ونحوه لعيسى عن ابن القاسم، وأنكره سحنون.
قلت: انظر هل هذا زائد على الأربعة، أو هو تقييد لما سوى الأول منها؟ وأن الثلاثة إنما هي ما لم يمت، فإن مات مضى وهو أبين. ثم قال: ففي الحبس على البنين دون البنات مطلقا، أو إن تزوجن أربعة. ابن رشد: وخامسها جوازه، وسادسها كراهته، وسابعها فوته بحوزه، وإلا فسخه/ ودخل فيه البنات للوقار ورواية ابن عبدوس واللخمي عن أول قولي ابن القاسم. انتهى. فعلى المشهور من أن إخراجهن لا يجوز مطلقا، سواء بعد أن تزوجن أو قبل يتحصل في ذلك بعد الوقوع والنزول خمسة أقوال:
الأول أن الحبس يفسخ على كل حال وإن حيز عنه أو مات بعد أن حيز عنه ويرجع لملكه، وهو قول مالك في العتبية.
الثاني أنه يفسخ ويرجع لمالكه ما لم يحز عنه، وهو قول ابن القاسم على ما نقله اللخمي عنه. الثالث أنه يفسخ ويدخل فيه البنات وإن حيز عنه، وهو متأول على قول مالك في العتبية. الرابع أنه يفسخ ويدخل فيه البنات ما لم يحز عنه، [فإن حيز عنه[977]] لم يدخلن إلا برضا المحبس عليهم، وهو ظاهر قول ابن القاسم في هذا السماع، والخامس أنه لا يفسخ ويدخل فيه الإناث وإن لم [يحز[978]] عنه إلا برضا المحبس عليهم، وهو قول محمد بن المواز عنه. والله أعلم. ومن ذلك ما نقله اللخمي وغيره، ونصه: وإن حبس دارا وشرط على المحبس عليه أن يرمها إن احتاجت لم يصح ذلك ابتداء، وذلك كراء وليس بحبس، فإذا نزل فقال في المدونة: مرمتها من غلتها فأجاز الحبس وأسقط الشرط، وقال محمد يرد الحبس ما لم يقبض. انتهى.
وذكر مسائل من هذا المعنى فيما لا يجوز ابتداء، واختلف فيه بعد الوقوع والنزول فراجعه. والله أعلم.
وقال في نوازل ابن رشد: وسئل عمن حبس حبسا، وشرط في حبسه أنه إن تمادى به العمر واحتاج رجع في حبسه وباعه وأنفقه على نفسه هل ينفذ الحبس ويجوز الشرط، أو ينفذ الشرط ويبطل الحبس؟ فأجاب بأن قال الشرط الذي ذكرت إن كان في التحبيس يوجب صرف الحبس بعد موت المحبس إلى معنى الوصية على مذهب مالك وأصحابه، فإن كان قد مات نفذ الحبس من ثلثه إن حمله الثلث، وإن لم يحمله فما حمل منه الثلث.
فروع: الأول: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الحبس: وسئل عن الرجل يحبس الحائط صدقة على المساكين أيقسم بينهم تمرا، أم يباع ثم يقسم الثمن بينهم؟ فقال ذلك يختلف، وذلك إلى ما قال فيه المتصدق، أو إلى رأي الذي يلي ذلك واجتهاده إن كان المتصدق لم يقل في ذلك

35

الحديث ....

977 *- ساقطة من المطبوع والمثبت من ميابى 25 ويم44 ويحيى361 وم12.
978 - في المطبوع يأخذ وما بين المعقوفين من ن ذي ص35 ومايابى25 ويحيى361 ويم44 وم12.

نص خليل ....

متن الحطاب شيئا إن رأى خيرا أن يبيع ويقسم ثمنه، وإن رأى خيرا أن يقسم ثمره قسمه ثمرا، فذلك يختلف فربما كان الحائط نائيا بالمدينة، فإن حمل أضر ذلك بالمساكين حمله، وربما كان في الناس الحاجة إلى الطعام فيكون ذلك خيرا لهم من الثمن فيقسم إذا كان هكذا فهو أفضل وخير، وهذه صدقات عمر بن الخطاب رضي الله عنه منها ما يباع فيقسم ثمنه ومنها ما يقسم ثمرا. ابن رشد: هذا بين على ما قاله أن ذلك يصرف إلى اجتهاد الناظر في ذلك إن لم يقل المتصدق في ذلك شيئا، وإن قال شيئا أو حد فيه حدا وجب أن يتبع قوله في صدقته، ولا يخالف فيما حده. انتهى. ونقله ابن بطال في مقنعه ولفظه: وفي المستخرجة من سماع أشهب من حبس حائطا على المساكين إن لم ينص الميت في ذلك شيئا فلمتولي النظر فيه الاجتهاد إن رأى بيع الثمرة وقسم ذلك ثمنا فعل، وإن رأى خيرا للمساكين قسمته ثمرا فعل، فرب حائط يبعد عن المدينة فيضر بهم حمله، وربما كانت بالناس حاجة إلى الطعام فيكون قسمته ثمرا خيرا لهم، وهذه صدقات عمر تباع [ثمرتها[979]] ويقسم ثمنها، فإنما ذلك على النظر للمساكين. انتهى. ونقله في الذخيرة عن الأبهري عن مالك.

الثاني: قال في المسائل الملقوطة: من أوقف وقفا على منافع الجامع صرف في العمارة والحصر والزيت وغير ذلك، ولا يعطى منه الإمام والمؤذن. ذكر ذلك الحفيد في مختصره الصغير. وكل جامع مسجد ولا ينعكس. انتهى. قال ابن رشد في نوازله: من أوقف على منافع مسجد وقفا صرف في منافعه من بناء وحصر وبناء ما رث من الجدرات أنه لا يدخل في ذلك الإمام، فإن صرف للإمام شيء من غلة الوقف فلا يرجع به عليه، ولا ضمان على من دفع ذلك إليه؛ لأن المحبس لما لم ينص أنه داخل في

36 التحبيس/ ولا على أنه خارج حكمنا بظاهر اللفظ فلم يدخل إلا بيقين، وإذا قبض شيئا لم يغرمه إياه إلا بيقين، ولا يقين عندنا في ذلك لاحتمال أن يكون المحبس قد أراد بحبسه خلاف ظاهر لفظه، ولعل إيهام ذلك تقصير من الكاتب.

الثالث: قال البرزلي في مسائل الحبس: سئل القابسي عمن حبس كتبا، وشرط في تحبيسه أنه لا يعطى إلا كتاب بعد كتاب فإذا احتاج الطالب إلى كتابين أو تكون كتبا شتى فهل يعطى كتابين منها أم لا يأخذ منها إلا كتابا بعد كتاب؟ فأجاب: إن كان الطالب مأمونا واحتاج إلى أكثر من كتاب أخذه لأن غرض المحبس أن لا يضيع، فإذا كان الطالب مأمونا أمن هذا، وإن كان غير معروف فلا يدفع إليه إلا كتاب واحد، وإن كان من أنواع العلوم خشية الوقوع في ضياع أكثر من واحد.

قلت: تقدم بعض أحكام شروط الحبس من كلام أبي عمران وغيره، وظاهره أنه لا يتعدى ما شرطه لقوله عليه السلام: {المسلمون عند شروطهم[1]} وظاهر ما في هذا السؤال أنه يراعى قصد المحبس لا لفظه، ومنه ما جرى به العرف في بعض الكتب المحبسة يشترط عدم خروجها من المدرسة، وجرت العادة في هذا الوقت بخروجها بحضرة المدرسين ورضاهم، وربما فعلوا ذلك في أنفسهم ولغيرهم وهو – والله أعلم– لما أشار إليه [هذا الشيخ من مراعاة قصد المحبس لا لفظه،[980]] ومثله ما فعلته أنا في

الحديث [1] – البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الاجارة، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2005، رقم الحديث 2273.

[979] *– في المطبوع ثمرته والمثبت من مايابى26 وم13 ويحيى361.

[980] *– في المطبوع هذا الشيخ لا لفظه وما بين المعقوفين من يم44 ويحيى362 ومايابى26.

نص خليل ....

متن الحطاب مدرسة الشيخ التي بالقنطرة غيرت بعض أماكنها مثل الميضأة ورددتها بيتا، ونقلتها إلى محل البئر لانقطاع الساقية التي كانت تأتيها، ورددت العلو المحبس على عقبه المذكور بيوتا لسكنى الطلبة بعد إعطاء علو من المحبس يقوم مقامه في المنفعة بموجب مذكور في محله، وكزيادة في رواتب [الطلبة[981]] لما أن كثروا ويدخل شيء من خراجها بحيث لو كان المحبس حاضرا لارتضاه، وكان ذلك كله برضا الناظر في الحبس النظر التام كيف ظهر له الصواب يعطي حسبما ذلك مذكور في كتاب التحبيس، وعلى مراعاة لفظ المحبس في شرطه أفتى بعض أصحابنا فيمن بنى مدرسة وجعل فيها بيوتا للسكنى، وشرط في أصل تحبيسها أن لا يسكنها إلا من يصلي الصلوات الخمس في مسجدها إن لم يكن إماما في غيرها، وأن يحضر الحزب المرتب فيها لقراءة القرآن إن كان قارئا، ويحضر الميعاد في وقته، ومن لم يفعل ذلك فليس له سكنى.

فأجاب بأن الشروط المذكورة يجب الوفاء بها ولا يجوز مخالفتها، ومن هذا المعنى الدخول للمدارس لقضاء الحاجة بها والوضوء والشرب من مائها، وهو لم يكن من أهلها، ولا أعدت الميضأة والشرب إلا لأهلها، فسألت شيخنا الإمام عنها فأجاب أنه إن كان من جنس أهلها ساغ له ذلك؛ لأن الحبس لأهل ذلك الصنف وهو غير معين، فمتى وجد ذلك الصنف جرى حكمه على ما صح لأهلها، فإن كان من غير صنف أهل ذلك الحبس فلا يجوز له، وكذلك عارية بيت للسكنى من بعض أهل الحبس فإن كان المستعير من أهل ذلك الحبس جاز، وإلا لم يجز لوجهين لفقدان شرط التحبيس عادة والتصرف في المنفعة بالهبة، وهو لم يؤذن له [إلا[982]] في نفسه فقط، ووقعت هذه المسألة بالديار المصرية فسئلت عن المسألة فأجبت بمنع عاريتها ثم إني فعلت ذلك استعرت بيتا في مدرسة شيخون وآخر في الناصرية فتعقب ذلك من فعلي [على ما ذكرت[983]] فأجبت بما قال شيخنا فسلم ذلك لي.انتهى. وذكره أيضا قبل هذا في مسائل الشركة، وذكر ذلك مع مسألة النزول في الوظائف.

الرابع: قال في المسائل الملقوطة: سئل الشيخ تقي الدين إذا وقف كتاب على عامة المسلمين وشرط أن لا يعار إلا برهن فهل يصح هذا الرهن أم لا؟. فأجاب: لا يصح هذا الرهن لأنها غير مأمونة في يد موقوف عليه، ولا يقال لها عارية أيضا بل الآخذ لها إن كان من أهل الوقف مستحقا للانتفاع فيده عليها يد أمانة، فشرط أخذ الرهن عليها فاسد ويكون في يد الخازن للكتب أمانة؛ لأن فاسد العقود في الضمان كصحيحها والرهن أمانة/ هذا إذا أريد الرهن الشرعي، وأما إن أريد مدلوله لغة وأن يكون تذكرة فيصح الشرط لأنه غرض صحيح، وأما إذا لم يعلم مراد الواقف فيحتمل أن يقال بالبطلان بالشرط حملا على المعنى الشرعي، ويحتمل أن يقال بالصحة حملا على [اللغوي وهو[984]] الأقرب لصحته. انتهى.

37

الخامس: إذا خص مسجدا بمعينين فقال في أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي فيمن بنى مسجدا وشرط في وقفه أن لا يتولاه إلا مالكي المذهب مثلا فهل يجب اتباع شرطه وتكون ولاية

الحديث ....

981 *- في المطبوع طلبة وما بين المعقوفين من يم44 وم13 ومايابى26.

982 *- ساقطة من المطبوع والمثبت من يحيى362 ومايابى27 وم13 ويم25.

983 ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص36. ويحيى ص16 و م ص13 ومايابى27.

984 *- في المطبوع المعنى وهو وما بين المعقوفين من يحيى362 ويم45 وم13 ومايابى27 .

نص خليل ....

متن الحطاب من خالفه باطلة أم لا؟ وإذا وجب اتباعه وتولاه من هو على شرطه ثم انتقل إلى مذهب آخر هل تفسخ ولايته أم لا؟ وإذا لم يتحقق هذا الشرط من الواقف ولكن الغالب على أهل ذلك البلد اتباع مذهب كأهل الاسكندرية ومصر فهل يتنزل هذا منزلة الشرط وما حكم الائتمام بهذا الإمام؟ فأجاب إن وقف الواقف على مذهب معين لم يجز أن يتناوله غيره، وإن خص المسجد بمعينين لم يختص بهم، وإذا غلب في بعض البلاد مذهب على أئمة المساجد بحيث لا يكون فيها غيره حمل الوقف على ذلك، ولا يستحقه من ينتقل عن مذهبه إلى مذهب آخر، وإن كان هذا الإمام معتقدا لجواز ما يتناول [من[985]] ذلك فلا بأس بالائتمام به، وإن كان يعتقد تحريمه فالائتمام به اقتداء بفاسق. والله أعلم.

السادس: قال في المسائل الملقوطة: من ولاه الواقف على وظيفة بأجرة فاستناب فيها غيره ولم يباشر الوظيفة بنفسه فإنه لا يجوز له تناول الأجرة ولا لنائبه، لأنه لم يباشر الوظيفة بنفسه، وما عين له الناظر لا يستحقه إلا بمباشرته بنفسه ولا عين الناظر النائب في الوظيفة فما تناولاه حرام. قاله الشيخ جمال الدين الأقفهسي المالكي.انتهى. يعني استناب فيها في غير أوقات الأعذار، وأما إذا استناب في أيام العذر جاز له تناول ريع الوقف، وأن يطلق لنائبه ما أحب من ذلك الريع، ونقله القرافي في الفرق الخامس عشر والمائة. والله أعلم.

فرع: قال البرزلي في مسائل البيوع: سألت شيخنا الفقيه الإمام رحمه الله هل يجوز أن يأتي بوظيفة القراءة التي عليه في الصلاة؟ فقال [لا كأنه[986]] جعله إجارة. انتهى.

ص: أو ناظر ش: قال ابن عرفة: والنظر في الحبس لمن جعله إليه محبسه. المتيطي: يجعله لمن يثق به في دينه، فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم يقدم له من يرتضيه، ويجعل للقائم به من كرائه ما يراه سدادا على حسب اجتهاده. انتهى.

قلت: قوله فإن غفل المحبس عن ذلك كان النظر فيه للحاكم هذا -والله أعلم- إذا لم يكن المحبس عليه معينا مالكا أمر نفسه، وأما إن كان مالكا أمر نفسه ولم يول المحبس على حبسه أحدا فهو الذي [يحوز[987]] [الحبس الذي عليه[988]] ويتولاه، يدل على ذلك غالب عبارات أهل المذهب في كتاب الحبس وكتاب الصدقة وكتاب الهبة من المدونة وكلام المصنف في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وشرط الوقف حوزه صريح في ذلك [فتأمله.[989]] وانظر مسألة رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس ففيها إشارة إلى ذلك، وذكر فيها أن الناظر على الحبس إذا كان سيىء النظر غير مأمون فإن القاضي يعزله إلا أن يكون المحبس عليه مالكا أمر نفسه ويرضى به

الحديث ....

985 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويحيى ص16 ويم ص 17 وم ص 13 ومايابى27.

986 - في المطبوع لكنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويم ص 17 وم ص 13. وفي يحيى فقال كأنـه ص16 ومايابى27.

987 - في المطبوع يجوز ويحيى ص16 ويم ص 17 وم ص 13 ومايابى27 وما بين المعقوفين من ن سيد ص37.

988 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص37. ويحيى ص16 ويم ص 17 م ص 13 ومايابى27.

989 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 37 ويحيى ص16 ويم ص 17 م ص 13 ومايابى28.

نص خليل ....

متن الحطاب [فيستمر، 990] وفي رسم استأذن من سماع عيسى مسألة تتعلق بالناظر قال فيها إنه لا يوصي بالنظر عند موته ولكن إن كان المحبس حيا كان النظر له فيمن يقدمه، وإن كان مات فإن كان المحبس عليهم كبارا أهل رضا تولوا حبسهم بأنفسهم، وإلا قدم السلطان بنظره وإن كان للمحبس وصي كان النظر له إلا أن يكون المحبس قال لمن ولاه إذا حدث بك الموت فأسنده إلى من شئت، فإنه يسنده لمن شاء، وإن أوصى وصيا على ماله وعلى من كان في حجره كان له النظر في الحبس. والله أعلم. وفي سماع سحنون مسألة تدل على أن المحبس عليهم إذا كانوا كبارا تولوا حبسهم بأنفسهم. وفي أحكام ابن سهل/ 38 ما يدل على ذلك في مسألة كراء الأحباس مدة طويلة، وهي في آخر ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة، وفي مسألة الدار المحبسة على رجلين أكراها أحدهما، وانظر النوادر في ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته، وكراء الحبس السنين الكثيرة.

تنبيهات: الأول: قال في النوادر: ومن المجموعة قال: قال ابن كنانة فيمن حبس حبسا وجعل امرأته تليه وتقسمه بين بنيها بقدر حاجتهم فكانت تلي ذلك فماتت، قال يلي ذلك من ورثتها أهل حسن الرأي منهم. انتهى من ترجمة جامع مسائل مختلفة من الأحباس والعمرى والخدمة. وهذا لعله في بلد ليس فيه حاكم أو فيه ولا يصل إليه ولا يلتفت للنظر في الأحباس، أو يكون نظره فيها سببا لهلاكها وضيعتها. والله أعلم. ثم قال بعد ذلك في ترجمة حوز الأب على من يولى عليه: ومن كتاب ابن المواز قال ابن القاسم: وإذا حبس على أولاده الكبار والصغار حبسا ووكل من يقوم به فذلك له، فإن بلغوا كلهم فأرادوا القيام بالحبس فليس لهم ذلك؛ لأنه لم يرض بهم، والوكيل يقوم بحاله. قال محمد: ولو لم يكن فيهم كبير يوم وكل فلهم إذا كبروا قبض حبسهم، فأما إن كان فيهم كبير فهو بمنزلة أن لو كانوا كبارا كلهم يومئذ. انتهى. وما قاله محمد إذا كانوا صغارا كلهم ووكل عليهم أن لهم إذا كبروا قبض حبسهم إنما يكون ذلك. والله أعلم. إذا فهم أن ذلك مراد المحبس أو صرح بذلك وإلا فالظاهر أنه لا ينزع من الناظر ما كان بيده. ثم قال: قال ابن القاسم فإن مات الوكيل فليس له أن يوصي به إلى غيره إلا أن يكون جعل ذلك الأب إليه، قال أصبغ وليرجع القيام بذلك إلى المحبس أو وصيه. انتهى. فتأمله. [والله أعلم. 991]

الثاني: علم من كلام ابن القاسم أن الواقف إذا جعل النظر لشخص فليس للناظر أن يوصي بالنظر لأحد غيره إلا أن يجعله له الواقف، وقد تقدم ذلك أيضا في مسألة رسم استأذن من سماع عيسى وأنه ليس له أن يوصي به إلا أن يقول له اجعله إلى من شئت، ويؤخذ ذلك أيضا مما نقله في التوضيح في باب الأقضية كل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو مفوضا وخليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك. انتهى.

الثالث: لو غاب الناظر في بلدة بعيدة واحتاج الحبس إلى من ينظر في بعض شأنه فهل للقاضي أن ينظر في ذلك، أو يوقف الأمر حتى يأتي الغائب؟ الظاهر أن للقاضي أن ينظر في ذلك ويمضي ما فعله في

الحديث ....

[990] *- في المطبوع ويستمر وما بين المعقوفين من يم45 وم13.

[991] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 38 ويحيى ص17 ويم ص 18 م ص 1 ومايابى28.

نص خليل ....

متن الحطاب غيبة الناظر، وليس للناظر إبطال ما فعله القاضي في غيبته، ولم أر في ذلك نصا إلا فتيا وجدت منسوبة لبعض المالكية يسمى علي بن الجلال، وصورتها: ما تقول السادات العلماء في درس بمكة به مدرس وطلبة وناظر وقفه غائب بالقاهرة، فشغرت وظيفة طلب بالدرس المذكور بحكم وفاة من كان بها فولى قاضي مكة تلك الوظيفة شخصا لغيبة الناظر على الوقف المذكور بالقاهرة أو غيرها من البلاد الشاسعة فهل تصح توليته أم لا؟ وإذا صحت التولية فهل للناظر بعد أن بلغه تولية القاضي المذكور أن يولي شخصا آخر خلاف من ولاه القاضي معتقدا أن القاضي لا نظر له أو ليس له ذلك.

فأجاب ولاية قاضي مكة للشخص المذكور الوظيفة عند غيبة الناظر للمدرسة الغيبة البعيدة وشغور الوظيفة عمن كان بها بموته صحيحة واقعة بمحلها؛ لأنه ولي من لا ولي له كالمرأة إذا غاب وليها واحتاجت إلى التزويج فليس للناظر إبطال ما وقع من توليه الحاكم والحالة هذه. والله أعلم. وكتبه علي بن الجلال المالكي وأجاب بمثل ذلك الشافعية والحنفية والحنابلة، وأجاب سراج الدين عمر البلقيني الشافعي بما نصه: نعم يصح تولية القاضي الوظيفة لمن ذكر، وليس للناظر أن يولي شخصا آخر خلاف من ولاه القاضي والاعتقاد المذكور غير صحيح، وأجاب الشيخ إبراهيم الأنبابي الشافعي بما أجاب به البلقيني، وكذا أجاب كل من الشيخ محمد بن أحمد السعودي الحنفي والشيخ/ عبد المنعم البغدادي الحنبلي بمثل ذلك. والله أعلم. وبذلك أيضا أفتى بعض أهل العصر. 39

وقال للقاضي أن يقرر في ذلك وينظر، واحتج بأن أصل مذهب مالك القضاء على الغائب في سائر الحقوق إذا كانت غيبته غيبة بعيدة وبأن من يريد التقرير مثلا في الوظيفة في الوقف له شبه الحق على الناظر في وجوب إنفاذ أمر الواقف وعدم تعطيل وقفه، فإذا عين القاضي المذكور من هو أهل لها كان كحكمه عليه فيما يدعي به، وقد قال أهل المذهب فيما إذا ادعي على غائب بدين ساغ للحاكم أن يبيع دار الغائب لقضاء الدين، ثم إذا قدم الغائب ببراءة أو بما يترك عنه الحق أن البيع ماض، ويتبع بالثمن من أخذه، فإذا مضى حكم القاضي على الغائب فيما هو ملك له شرعا فأحرى أن يمضي التقرير في الوظيفة المذكورة إذ ليس ملكا له، ويشهد لذلك أنه إذا غاب ولي المرأة زوجها الحاكم، وبما قاله أيضا في ترجمة القضاء على الغائب من النوادر، ونصه: قال عبد الملك: إذا كان الغائب صغيرا لم يضرب له أجلا؛ لأنه لو حضر لم يكن يدافع عن نفسه ولا أخذ لها ولكن إن كان في ولاية أحد غائب ضرب لوليه أجلا، وإن حضر خاصم عنه وإن لم يحضر حكم عليه، وأشهد وإن لم يكن عليه ولي فليول عليه الحاكم وليا يكون وليا له في هذه الخصومة وغيرها، ثم يحكم [عليه وله، ولا يخصه[992]] بالولاية في هذه الخصومة فقط، فيكون قد نصب له وكيلا يخاصم عنه وهذا لا يكون. انتهى كلام المفتي. وقوله: "وإن لم يحضر حكم عليه وأشهد" لم أرها في النوادر، ورأيتها بخط المفتي [مزادة[993]] في الهامش. والله أعلم. ويبقى هنا[994] مسألة وهي لو جعل الواقف النظر في ذلك لشخص غائب عن البلد، وإقامته إنما هي في بلدة أخرى، ولا يمكن أن يأتي إلى بلد الواقف

الحديث ....

[992] *- في المطبوع عليه وليه له ولا يخصه وما بين المعقوفين من يم46 وسيد7 وم14 ومايابى29.

[993] *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب (مزيدة).

[994] *- في سيد7 ويحيى363 وتبقى هنا.

نص خليل ....

متن الحطاب كما لو جعل النظر في حبسه الذي بمكة لمن كان سلطانا بمصر، فالظاهر هنا أنه ليس للقاضي أن ينظر في ذلك، ويوقف الأمر إلى أن يعلم ما يأمر به الناظر فتأمله. والله أعلم.

الرابع: قال ابن عرفة: لو قدم المحبس من رأى لذلك أهلا فله عزله واستبداله. سمع ابن القاسم من حبس على بنات له وقد بلغن فحزن أموالهن، وكان عمهن يلي حبسهن فاتهمنه في غلتهن، وطلب بعضهن أن يوكل لحقه، فإن كان حسن النظر لم يكن [لها ذلك،[995]] وإن كان على غير ذلك جعل معه من يوكله بذلك. ابن رشد: معناه أن العم قدمه المحبس ولو كان بتقديمهن له لكان لمن شاء منهن توكيل غيره على حقها، ولم يكن للسلطان في ذلك نظر، وقوله: "إن كان على غير ذلك" يريد سيىء النظر أو غير مأمون وإنما رأى أن توكل لحقها ولم تعزله لأنه رضيه بعضهن ولو لم ترضه واحدة منهن لعزله القاضي عنهن، ولو كن غير مالكات لأنفسهن لوجب تقديم السلطان غيره، وقال ابن دحون لو اتهمه جميعهن لكان لهن عزله، وإنما بقي لأنهن اختلفن في تهمته، وفي قوله نظر.

قلت: قول ابن دحون هو معنى متقدم قول ابن رشد فتأمله. ونزلت في حبس حبسته حرة أخت أمير بلدنا وجعلته بيد شيخنا ابن عبد السلام على أنه يدرس به، ثم نقلته لشيخنا ابن سلامة فقبله وشهد في العزل والتولية جميع الشهود الذين كانوا حينئذ منتصبين للشهادة، وعللوا ذلك بالتفريط. اهـ. ولكن في استدلاله بالمسألة المذكورة لذلك نظر لا يخفى فتأمله. وقال البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر؟ قال: ذلك جائز وينزل منزلته. قيل له: فلو أراد العودة في نظره؟ قال: ليس له ذلك، وقد تخلى منه إلى الذي وكله.

قلت: يؤخذ من هذا أن من حبس شيئا وجعله على يد غيره ثم أراد عزله فليس له ذلك إلا بموجب يظهر كالقاضي إذا قدم أحدا، ونزلت بشيخنا الإمام وكان يقدم على أحباسه من يستحسنه ويعزل من يظهر له عزله، وهو عندي صواب؛ لأن نظر المحبس أقوى من نظر القاضي في حبسه، فلا يتسور عليه فيه ما دام حيا، كما له التقديم في حياته وبعد مماته من غير أن ينظر عليه أحد من قاض أو غيره.

40 انتهى. والله أعلم./

الخامس: قال ابن عرفة: ابن فتوح للقاضي تقديم من ينظر في أحباس المسلمين، ولا يرتفع تقديمه بموته ويرتفع برفعه من ولي بعده. انتهى. قال البرزلي: وفي الوثائق المجموعة إذا قدم القاضي أحدا على الحبس فلا يعزله من جاء بعده إلا بموجب؛ لأنه كحكمه في القضايا. انتهى.

السادس: قال ابن عرفة عن ابن فتوح: للقاضي أن يجعل لمن قدمه للنظر في الأحباس رزقا معلوما في كل شهر باجتهاده في قدر ذلك بحسب عمله وفعله الأئمة. ابن عتاب: عن المشاور لا يكون أجره إلا من بيت المال، فإن أخذها من الأحباس أخذت منه ورجع بأجره في بيت المال، فإن لم يعط منها فأجره على الله، وإنما لم يجعل له فيها شيء لأنه تغيير للوصايا وبمثل قول المشاور أفتى ابن ورد وقال لا يجوز أخذ أجرته من الأحباس إلا أن يحمل على من حبس، وخالفه عبد الحق وابن عطية وقال ذلك جائز لا أعلم فيه نص خلاف. انتهى. ونقل البرزلي كلام عبد الحق وابن عطية. والله أعلم.

الحديث ....

---

[995] *- في المطبوع له ذلك وما بين المعقوفين من يم46 وم14 ويحيى63 ومايابى29.

نص خليل أَوْ تَبْدِئَةِ فُلَانٍ بِكَذَا وَإِن مِّنْ غَلَّةِ ثانِي عَامٍ إنْ لَمْ يَقُلْ مِنْ غَلَّةِ كُلِّ عَامٍ.

متن الحطاب **السابع:** قال البرزلي: وسئل السيوري عن إمام مسجد ومؤذنه ومتولي جميع أموره قام عليه محتسب بعد أعوام في غلة حوانيت له وقال فضلت فضلة عما أنفقت وقال لم يفضل شيء، فقال له بين للقاضي صفة الخروج فقال: لا يجب علي ذلك، ولو علمت أنه يجب علي ما توليته ولا قمت به، ولا يوجد من يقوم به إلا هو، ولولا هو لضاع هل يقبل قوله أم لا؟ فأجاب: القول قوله فيما زعم أنه أخرجه إذا كان يشبه ما قال، البرزلي: وهذا إذا لم يشترط عليه دخلا ولا خرجا إلا بإشهاد. انتهى.

الثامن: قال في النوادر: القائم بالحبس إذا قال أعمرها من مالي. ثم قال: إنما عمرتها من الغلة جاز. قال: فإن قال من الغلة أنفقت فقد أنفذ الوصية وإن قال من مالي عمرتها حلف ورجع بذلك في الغلة، ولا يضره قوله [أعمرها[996]] من مالي. انتهى. ويفهم منه أن للقائم على الحبس أن يستقرض عليه ويعمره. والله أعلم.

التاسع: لا يجوز للقاضي ولا للناظر التصرف إلا على وجه النظر، ولا يجوز على غير ذلك، ولا يجوز للقاضي أن يجعل بيد الناظر التصرف كيف شاء، وتقدم كلام البرزلي في آخر الإقرار عند قوله وإن أبرأ فلانا.

ص: أو تبدئة فلان بكذا وإن من غلة ثاني عام إن لم يقل من غلة كل عام ش: تصوره واضح، وكلامه شامل لما فرضه في المدونة من تبدئة فلان من غلة ثاني عام، ولما فرضه المتيطي من تبدئته من غلة العام الماضي إن كان بقي منها [شيء، والمبالغة[997]] بإن في قوله وإن من غلة ثاني عام ترشد لذلك فتأمله. قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن أوصى لرجل بدينار من غلة داره كل سنة، أو بخمسة أوسق من غلة حائطه كل عام، والثلث يحمل الدار أو الحائط، فأخذ ذلك عاما ثم بار ذلك أعواما فللموصى له أخذ وصية كل عام ما بقي من غلة العام الأول شيء، فإن لم يبق منه شيء فإذا أغل ذلك أخذ منه لكل عام مضى ولم يأخذ منه شيئا، ولو أكروا الدار في أول سنة بعشرة دنانير فضاعت إلا دينارا كان ذلك للموصى له؛ لأن كراء الدار لا شيء للورثة منه إلا بعد أخذ الموصى له منه وصيته، وكذلك [غلة الجنان، ولو قال[998]] أعطوه من غلة كل سنة خمسة أوسق، أو من كراء كل سنة دينارا لم يكن له أن يأخذ غلة سنة عن سنة أخرى لم تغل، ولو أكريت الدار أول عام بأقل من دينار أو جاءت النخل بأقل من خمسة أوسق لم يرجع بتمام ذلك في عام بعده. انتهى. ولو طلب أن يوقف له من غلة العام الأول شيء أو يعطاه في الصورة الأولى فهل يجاب إلى ذلك في الصورة الأولى؟ قال اللخمي: وإن اغتلت أول سنة عشرة دنانير وأخذ دينارا وبقي تسعة نظر في ذلك، فإن كانت الدار مأمونة أنها لا تبور أو إن بارت تأتي كل سنة بأكثر من دينار أخذ الورثة هذه التسعة، وإن كان

41 يخشى أن لا تأتي/ بذلك وقف منها ما يخاف أن لا يأتي به إلا أن يكون الوارث مأمونا غير ملد ولا

الحديث ....

---

[996] – في المطبوع أعمرتها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 40 ويحيى ص18 ويم ص 19 م ص 15 ومايابى30.

[997] – في المطبوع شيء والغلة والمبالغة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 40 وم15.

[998] – في المطبوع غلة الجنان أو غيره ولو قال وم ص15 وما بين المعقوفين من ن عدود ص40 ويحيى ص18 ويم ص19 ومايابى31.

نص خليل

أَوْ أَنَّ مَن احْتَاجَ مِنَ الْمُحَبَّس عَلَيْهِ بَاعَ أَوْ إِنْ تَسَوَّرَ عَلَيْهِ قَاض أَوْ غَيْرُهُ رجَعَ لَهُ أَوْ لِوَارِثِهِ كَعَلَى وَلَدِي وَلاَ وَلَدَ لَهُ لاَ بِشَرْطِ إِصْلاَحِهِ عَلَى مُسْتَحِقِّهِ كَأَرْضٍ مُوَظَّفَةٍ إِلاَّ مِنْ غَلَّتِهَا عَلَى الأَصَحِّ أَوْ عَدَمِ بَدْءٍ بِإِصْلاَحِهِ أَوْ بِنَفَقَتِهِ وَأُخْرِجَ السَّاكِنُ الْمَوْقُوفُ عَلَيْهِ لِلسُّكْنَى إِن لَّمْ يُصْلِحْ لِتُكْرَى لَهُ وَأُنْفِقَ فِي فَرَس لِكَغَزْوٍ مِنْ بَيْتِ الْمَال فَإِنْ عُدِمَ بِيعَ وَعُوِضَ بِهِ سِلاَحٌ كَمَا لَوْ كَلِبَ وَبِيعَ مَا لاَ يُنْتَفَعُ بِهِ مِنْ غَيْرِ عَقَارٍ فِي مِثْلِهِ أَوْ شِقْصِهِ كَأَنْ أَتْلفَ وَفَضْلُ الذُّكُورِ وَمَا كَبِرَ مِنَ الإِنَاثِ فِي إِنَاثٍ لا عَقَارٌ وَإِنْ خَرِبَ وَنَقْضٌ وَلَوْ بِغَيْرِ خَرِبٍ إِلاَّ لِتَوْسِيعِ كَمَسْجِدٍ وَلَوْ جَبْرًا وَأُمِرُوا بِجَعْلِ ثَمَنِهِ لِغَيْرِهِ وَمَنْ هَدَمَ وَقْفًا فَعَلَيْهِ إِعَادَتُهُ.

متن الحطاب

ممتنع ورضي أن يأخذها في ذمته فيكون أحق بها؛ لأن له فيها شبهة الملك والوقف غير مفيد للموصى له. انتهى.

42 ص: أو أن من احتاج إليه من المحبس عليه باع وإن تسور عليه قاض أو غيره رجع له أو لوارثه /ش: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والوقف لازم ولو قال لي الخيار ما نصه: قد قال جماعة إن المحبس إذا شرط في حبسه أنه إن ذهب قاض أو غيره إلى التسور على حبسه أو النظر فيه فجميع حبسه راجع إليه إن كان حيا، أو إلى ورثته أو صدقة لفلان أن له شرطه، وكذلك قالوا إذا

43 شرط / أن من احتاج من المحبس عليهم باع الحبس أنه يصح هذا الشرط، ولزم المحبس عليه إثبات حاجته واليمين على ذلك إلا أن يشترط المحبس أنه مصدق فله البيع من غير إثبات. انتهى. وقال البرزلي: قال في الوثائق المجموعة: إذا لم يقل يصدق فعليه إثبات الحاجة، ويحلف أنه لا مال له باطن يكتمه ولا ظاهر يعلمه فحينئذ يبيعه. انتهى.

وقال المتيطي: فإن شرط المحبس أن من ادعى منهم حاجة فهو مصدق فيصدق وينفذ الشرط، ومن ادعى منهم حاجة ولم يثبت غناه انطلق يده على بيعه. انتهى. والمسألة الأولى في كلام المؤلف هنا الثانية في كلام التوضيح، وأصلها في رسم سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس قال: سئل مالك عن رجل جعل دارا له حبسا صدقة على ولده لا تباع إلا أن يحتاجوا إلى بيعها، فإن احتاجوا إليها واجتمع ملؤهم على ذلك باعوا فاقتسموا ثمنها الذكر والأنثى فيه سواء فهلكوا جميعا إلا رجلا منهم فأراد بيعها [أذلك[999]] له وقد احتاج إلى بيعها؟ قال: نعم فقيل له إن امرأة ثم وهي بنت أخت الباقي الذي يريد أن يبيع، وهي من بنات المحبس قالت إن بعت فأنا آخذ ميراثي من أمي. قال: لا أرى لها في ذلك شيئا.

قال ابن القاسم: ولو اجتمع ملؤهم على بيعها قسموا ثمنها على الذكر والأنثى سواء لأنها صدقة حازوها، وليست ترجع بما يرجع المواريث إلى عصبة الذي تصدق بها. ابن رشد: قوله إلا أن يحتاجوا إلى بيعها يريد أو يحتاج أحدهم إلى بيع حظه منها قل الحبس لكثرة عددهم أو كثر لقلتهم فيكون [ذلك له[1000]] ويبطل الحبس فيه، ويكون ثمنه مالا من ماله، وكذلك إن احتاجوا كلهم فباعوا كان الثمن لهم مالا من مالهم على قدر حقهم في الحبس قلوا أو كثروا، فإن لم يبق إلا واحد فاحتاج فله الثمن كله، وبطل الحبس في الجميع بشرط المحبس، ومن مات منهم قبل أن يحتاج سقط [حقه لأنه[1001]] إنما مات عن

الحديث

....

---

[999] – في المطبوع إذ ذلك ويم47 وم15 وما بين المعقوفين من ن ذي 43 ويحيى365 وفي ميابى31 أن ذلك.

[1000] – في المطبوع فيكون لهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 43 ويحيى ص19 ويم ص 19 وم ص 15 ومايابى31.

[1001] *– في المطبوع حقه إلا أنه وما بين المعقوفين من م15 ومايابى31 وسيد7 ويم47 ويحيى365 حقه لأنه.

نص خليل وَتَنَاوَلَ الذُّرِيَّةُ وَوَلَدِي فُلاَنٌ وَفُلاَنَةُ أَوِ الذُّكُورُ وَالإِنَاثُ وَأَوْلاَدُهُمْ الْحَافِدَ لاَ نَسْلِي وَعَقِبِي.

متن الحطاب حبس لا يورث عنه، ويرجع إلى من معه في الحبس ولا يورث شيء منه عن [المحبس.[1002]] انتهى.

فروع: الأول: قال في المتيطية: وإذا قدم المحبس رجلا على الحوز لبنيه الصغار، وجعل له البيع عليهم إن احتاجوا فأجاز ذلك أحمد ابن بقي، وقال ابن لبابة ومحمد بن القاسم ليس للمقدم بيع الحبس حتى يثبت عند القاضي العذر الذي له يبيع والسداد في الثمن، وليس الوكيل كالمحبس عليه. انتهى.

الثاني: قال البرزلي: قال مالك فيمن حبس على ولده حبسا، وشرط لهم إن احتاجوا باعوا ذلك، فلحقهم دين أن لأصحاب الدين بيع الحبس من أجل ما شرطه المحبس لهم من البيع عند حاجتهم. انتهى. والمسألة في العتبية في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس سئل مالك عمن تصدق على ابنتين بدار على وجه الحبس، وكتب لهما في كتاب صدقته إن شاءتا باعتا وإن شاءتا أمسكتا فرهق ابنتيه دين كثير دايننا به الناس فقام عليهما الغرماء وقالوا نحن [نبيع[1003]] الدار قد كتب أبوكما في صدقته إن شئتما بعتما وإن شئتما امسكتما. قال مالك: صدقوا في ذلك لهم أن يبيعوا الدار حتى يستوفوا. قال ابن رشد: لمالك في كتاب ابن المواز خلاف قوله هذا أنه ليس للغرماء ذلك، وهو الذي يأتي على ماله في كتاب التفليس من المدونة في الرجل يفلس وله أم ولد ومدبرون ولهم أموال أنه ليس للغرماء أن يجبروه على أن يأخذ أموالهم فيقضيها إياهم، ولا لهم أن يأخذوا إلا أن يشاء هو أن يفعل ذلك. انتهى.

قال البرزلي بعد نقله المسألة: قلت: قد يفرق بينهما بأن منفعة الدار حاصلة الآن للديانة ورقبتها كذلك للحاجة إليها، وقد انفك الحبس عنها، ومال العبد الأصل أنه له حتى ينتزعه بدليل شرائه، وهو يضاف للعبد لا للسيد بدليل جواز بيعه بحاله على المعروف، فالأصل بقاؤه على ملكه حتى يحدث فيه السيد حدثا يدل على الانتزاع، ولا يخالف هذا الأصل مسألة النذور والأيمان على تأويل فيها وبعض مسائل العتق. انتهى.

44 **الثالث:** تقدم عند قول المصنف: "واتبع شرطه" حكم ما إذا شرط / المحبس أنه إن وجد في الحبس ثمن رغبة فقد أذنت في البيع ويبتاع بثمنه ربعا مثله.

ص: **وتناول الذرية وولدي فلان وفلانة الخ** ش: تصوره واضح.

مسألة: إذا حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل يدخلون؟ قال المشذالي في الوصايا الأول: قال الوانوغي: لو حبس على ولده وقال فلان وفلان ولم يسم الآخرين فهل هذه المسألة كمسألة الشيوخ المشهورة في أحكام ابن زياد فيمن أوصى وقال جعلت النظر على ولدي فلان وفلان إلى فلان وفي أولاده من لم يسم فهل الإيصاء قاصر على المسمين أو لا؟ فيه تنازع بين ابن زرب وغيره، فهل مسألة التحبيس مثلها أو لا؟ فقال بعض المشارقة ليس مثلها لا يدخل في الحبس ويدخل في الإيصاء، والفرق بينهما أن الوصية بالأولاد قد علم المقصود بها وهو القيام بهم، وهو مظنة التعميم، فالتسمية ليست للتخصيص، وأما في الوقف فالمقصود فيه صرف المنافع، ويجوز قصرها على بعض دون بعض

الحديث ....

[1002] *- في المطبوع محبس وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى365.

[1003] - في المطبوع بيع وما بين المعقوفين من ن ذي 43 ويحيى365 ومايابى32 ويم47 وم15.

نص خليل

وَوَلَدِي وَوَلَدِ وَلَدِي وَأَوْلَادِي وَأَوْلَادِ أَوْلَادِي وَبَنِيَّ وَبَنِي بَنِيَّ وَفِي عَلَى وَلَدِي وَوَلَدِهِمْ قَوْلَانِ وَالإِخْوَةَ الأُنْثَى وَرِجَالُ إِخْوَتِي وَنِسَاؤُهُمُ الصَّغِيرَ وَبَنِي أَبِي إِخْوَتِهِ الذُّكُورَ وَأَوْلَادَهُمْ وَآلِي وَأَهْلِي الْعَصَبَةَ وَمَنْ لَوْ رُجِّلَتْ عَصَّبَتْ وَأَقَارِبِي أَقَارِبَ جِهَتَيْهِ مُطْلَقًا وَإِنْ نُّصْرَى وَمَوَالِيهِ الْمُعْتَقَ وَوَلَدَهُ وَمُعْتَقَ أَبِيهِ وَابْنِهِ وَقَوْمُهُ عَصَبَتُهُ فَقَطْ وَطِفْلٌ وَصَبِيٌّ وَصَغِيرٌ مَن لَّمْ يَبْلُغْ وَشَابٌّ وَحَدَثٌ لِلأَرْبَعِينَ وَإِلاَّ فَكَهْلٌ لِلسِّتِّينَ وَإِلاَّ فَشَيْخٌ وَشَمِلَ الأُنْثَى كَالأَرْمَلِ.

متن الحطاب

فيصح أن يقال للتسمية أثر. قال المشذالي: قلت: وهذا فرق لا بأس به. قال الوانوغي: وفي نوازل ابن رشد نحوه. اهـ.

ص: وولدي وولد ولدي وأولادي وأولاد أولادي وبني وبني بني ش: ينبغي أن يكون مراد المصنف أن الواقف إذا قال وقف على ولدي وولد ولدي، أو قال على أولادي وأولاد أولادي، أو قال على بني وبني بني فإن الحفيد لا يتناوله هذا اللفظ، وليس مراده أن الواقف [أتى[1004]] بلفظة من الألفاظ الستة فقال وقف على ولدي، أو قال على ولد ولدي، أو قال على أولادي، أو قال أولاد أولادي، أو قال على بني، أو قال على بني بني فإنه يفوته التنبيه على ما إذا جمع بين اللفظين، والخلاف فيه قوي، فإن ابن العطار نص على أن أهل قرطبة كانوا يفتون بدخولهم قال: وقضى به محمد بن السليم بفتوى أهل زمانه. قال ابن رشد: وهو ظاهر اللفظ؛ لأن الولد يقع على الذكر والأنثى، فإذا قال على ولدي أو على أولادي وولد ولدي فهو بمنزلة قوله على أولادي ذكورهم وإناثهم وعلى أعقابهم، وأما إذا قال وقف على ولدي وعلى أولادي فالمعروف من المذهب عدم دخولهم، وكذلك ينبغي أن يكون الحكم إذا قال على ولد ولدي فقط فتأمله. والله أعلم./

45

ص: وبني أبي إخوته الذكور وأولادهم ش: يريد الإخوة الأشقاء والإخوة للأب ولا يدخل في ذلك الإخوة للأم، وكأن المصنف اعتمد على أنه إذا لم يدخل في ذلك الأخوات الأشقاء والأخوات للأب مع أنهم من أولاد أبيه فأحرى الإخوة للأم لخروجهم بقوله بني أبي، وقوله وأولادهم يعني الذكور كما صرح به في الرواية.

تنبيه: زاد في الرواية أنه يدخل مع ذكور إخوته وأولادهم الذكور ذكور ولده؛ لأنهم من ولد أبيه. قال في الجواهر: ولو قال على بني أبي دخل فيه إخوته لأبيه وأمه وإخوته لأبيه، ومن كان ذكرا من أولادهم خاصة مع ذكور ولدهم. انتهى. وقاله ابن شعبان في الزاهي.

ص: ومواليه المعتق ش: ولم يتكلم رحمه الله على دخول المولى الأعلى، بل ظاهر كلامه أنه لا يدخل، وهو كذلك إن لم يقم دليل على إرادته على مذهب المدونة. قاله ابن عرفة. وفي دخول المولى الأعلى مع الأسفل إن لم يقم دليل على إرادة أحدهما فقط، قولان لأشهب ونص وصاياها. انتهى.

ص: وشمل الأنثى كالأرمل ش: تصوره ظاهر، وسئلت عن وقف على من كان بمكة من فقراء الأندلس[1005] القاطنين بها فهل يدخل النساء إذا كن بهذه الصفات؟ فأجبت بما صورته الظاهر دخولهن كما يؤخذ من كلام أهل المذهب في مسائل متعددة؛ أعني [هذه[1006]] المذكورة هنا وما

الحديث

....

1004 – في المطبوع أني وما بين المعقوفين من ن ذي 44 ومايابى32 وم16 ويم48.

1005 *– في يحيى366 وسئلت عن من وقف ما كان يملكه على فقراء الأندلس ص45.

1006 – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 45 ويحيى ص20 ويم ص 20 وم ص 16 ومايابى33.

نص خليل وَالْمِلْكُ لِلْوَاقِفِ لاَ الْغَلَّة فَلَهُ وَلِوَارِثِهِ مَنْعُ مَنْ يُرِيدُ إصْلاَحَهُ وَلاَ يُفْسَخُ كِرَاؤُهُ لِزِيَادَةٍ وَلاَ يُقْسَمَ إلاَّ مَاضٍ زَمَنُهُ.

متن الحطاب أشبهها وكما يشهد بذلك العرف، وبدخولهن في قوله تعالى: ﴿ إنما الصدقات للفقراء ﴾ الآية من غير خلاف. والله أعلم.

46 ص: والملك للواقف ش: ظاهره حتى في المساجد، ونقل القرافي الإجماع على أن المساجد ارتفع/ عنها الملك، وهو خلاف ما حكاه في أول الحبس من النوادر أن المساجد باقية أيضا على ملك محبسها. والله أعلم. ونصه في أثناء الترجمة الأولى في الاستدلال على جواز التحبيس والرد على شريح القائل: لا حبس على فرائض الله، وبقاء أحباس السلف داثرة دليل على منع بيعها وميراثها والمساجد والأحباس لم يخرجها مالكها إلى ملك أحد، وهي باقية على ملكه وأوجب تسبيل منافعها إلى من حبست عليه فلزمه ذلك كما يعقد في العبد الكتابة والإجارة والإسكان، وأصل الملك له فليس للورثة حل شيء مما أوجب في المرافق وإن كان الملك باقيا عليه. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: ولا يقسم إلا ما مضى زمنه ش:

47 **مسألة:** قال ابن عرفة: وفيما تجب به الثمرة لمن حبس عليه اضطراب يعني إذا كان/ المحبس عليه معينا، وذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: وإن لم يكونوا معينين كما لو حبس على رجل وعقبه ففي وجوبها بالطيب أو القسمة قولان.

قلت: عزاهما ابن زرقون لابن القاسم مع مالك وابن الماجشون. قال: وثالثها لأشهب بالإبار. انتهى. وما عزاه ابن زرقون لابن القاسم صرح به في كتاب الوصايا الثاني من المدونة، ونبه على ذلك في التنبيهات والرجراجي، وعزاه أيضا لابن الحاجب وابن كنانة. قال الرجراجي: وإنما نبهت على [هذا لأن أكثر شيوخ المتأخرين حكوا[1007]] إجماع المذهب أنها تكون غلة بالطيب في هذا الفصل، وأين هم عما استخرجناه من الكتب واستشهدنا عليه بنصوص الأمهات. والتوفيق بيد الله يؤتيه من يشاء. انتهى. فقد علمت أن القول الذي عزاه لابن الماجشون هو مذهب المدونة. [ثم[1008]] قال ابن عرفة: وأما الحبس على بني زهرة فلا يجب إلا بالقسم، فمن مات قبله سقط حظه ومن ولد قبله ثبت حظه. [انتهى. ومثله[1009]] الوقف على الفقراء وعلى بني تميم ونحوهم. ثم قال: قلت والحبس على القراء بمواضع معينين كقراء جامع الزيتونة إن كان بقيد أن الثواب لمعين فهم كالأجراء، وتقدم كلام الشيوخ في المستأجر على الأذان والإمام يمرض بعض الأيام وإمام المسجد يموت وعليه دار محبسة وأهله بها هل يخرج، أو يقيم لتمام العدة؟ وإن كان الحبس لا بقيد كقراءة شفع المحراب بجامع الزيتونة فهم كالحبس على فلان وعقبه. انتهى.

قلت: ومثله الحبس على فقراء الرباط الفلاني والمدرسة الفلانية، ومذهب المدونة في ذلك لا يستحقون إلا بالقسم.

الحديث ....

[1007] - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 47 ويحيى ص20 ويم ص 20 م ص 16 ومايابى33.

[1008] - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 47 ويحيى ص20 ويم ص 20 م ص 16 ومايابى33.

[1009] *- في المطبوع ومسألة وما بين المعقوفين من م16 ويحيى20.

نص خليل

وَأَكْرَى نَاظِرُهُ إِنْ كَانَ عَلَى مُعَيَّنٍ كَالسَّنَتَيْنِ وَلِمَنْ مَرْجِعُهَا لَهُ كَالْعَشْرِ وَإِنْ بَنَى مُحَبَّسٌ عَلَيْهِ فَمَاتَ وَلَمْ يُبَيِّنْ فَهُوَ وَقْفٌ وَعَلَى مَنْ لاَ يُحَاطُ بِهِمْ أَوْ عَلَى قَوْمٍ وَأَعْقَابِهِمْ أَوْ عَلَى كَوَلَدِهِ وَلَمْ يُعَيِّنْهُمْ فَضَّلَ الْمُوَلَّى أَهْلَ الْحَاجَةِ وَالْعِيَالِ فِي غَلَّةٍ وَسُكْنَى.

متن الحطاب

تنبيه: على هذا القول إذا مات أحدهم وتقدم له فيها نفقة قال الرجراجي: فلا خلاف أن لورثته الرجوع بالنفقة لأن أصحابه قد انتفعوا بنفقته فيما عمله لهم، واختلف المتأخرون هل الرجوع بالأقل فيما أنفق أو بما ينوبه من الثمرة، أو إنما يرجع بقيمة النفقة نقدا؟ وثمرة الخلاف إذا أجيحت الثمرة هل تسقط المطالبة وهو ظاهر المدونة، أم لا وهو ضعيف؟. انتهى باختصار.

ص: **وإكراء ناظره إن كان على معين كالسنتين** ش: يعني أن الحبس إذا كان على معينين كبني فلان فللناظر أن يكريه سنتين أو ثلاث سنين ولا يكريه أكثر من ذلك، ولكن لا يكون كراؤه بالنقد. انظر النوادر في ترجمة الحبس يزاد فيه أو يعمر من غلته وكراء الحبس السنين الكثيرة.

فرع: قال في البيان في رسم الأقضية الأول من سماع أشهب من كتاب الصدقات: فإن وقع الكراء في السنين الكثيرة على القول بأنه لا يجوز فعثر على ذلك، وقد مضى بعضها فإن كان الذي بقي يسيرا لم يفسخ، وإن كان كثيرا فسخ على ما قاله في كتاب محمد. اهـ.

قلت: ولم يبين حد اليسير، والظاهر أنه كالشهر والشهرين كما في مسألة كراء الوصي ربع الصغير ثم يتبين رشده، وذكر البرزلي في مسائل الحبس عن نوازل ابن رشد فيمن حبس على بني فلان أكرى أحدهم نصيبه خمسين عاما؟ فأجاب إن وقع الكراء لهذه المدة على النقد فسخ وفي جوازه على غير النقد قولان الصحيح منهما عندي المنع، وهذا فيما ينفسخ فيه الكراء بموت المكري وهذا كمسألتك، [و[1010]]أما الحبس على المساجد والمساكين وشبههما فلا يكريها الناظر لأكثر من أربعة أعوام إن كانت أرضا، أو أكثر من عام إن كانت دارا وهو عمل الناس ومضى عليه عمل القضاة، فإن أكرى أكثر من ذلك مضى إن كان نظرا على مذهب ابن القاسم وروايته ولا يفسخ. انتهى. وقال في الشامل: وجاز كراء بقعة من أرض محبسة على غير معين أربعين سنة لتبني دارا وعمل به. انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في أول كتاب الأقضية من مسائل الحبس في ترجمة قطيع محبس باعته المحبسة، وانظر الأحكام الصغرى في مسائل الأقضية./

48

ص: **أو على كولده ولم يعينهم فضل المتولي أهل الحاجة والعيال في غلة وسكنى** ش: قال ابن رشد: المبدأ في الحبس أهل الحاجة على الأغنياء في السكنى والغلة فلا سكنى للأغنياء معهم إلا أن يفضل عنهم شيء، فإن استووا في الفقر والغنى ولم يسعهمَ أكرى ذلك عليهم وقسم الكراء بينهم شرعا، سواء إلا أن يرضى أحدهم أن يكون عليه بما يصير لأصحابه من الكراء ويسكن فيها فيكون له ذلك. قاله ابن المواز. انتهى من سماع سحنون من كتاب الحبس. وقال في الشامل: ومن وقف على قوم وأعقابهم أو من لا يحاط بهم فضل الناظر ذا حاجة وعيال في غلة وسكنى على المشهور باجتهاده، فإن استووا فقرا وغنى أوثر الأقرب فالأقرب ودفع الفضل لمن يليه، فأما على ولده أو ولد ولده أو مواليه ولم يعينهم فكذلك وقيل الغني والفقير سواء، فإن عينهم سوى بينهم، فإن كان للغني

الحديث ....

[1010] – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 47 ويحيى ص20 ويم ص 20 م ص 16 ومايابى34.

نص خليل ....

متن الحطاب

ولد فقير [قد بلغ[1011]] أعطي بقدر حاجته. انتهى. وقال في النوادر: ومن المجموعة من حبس على قوم وأعقابهم أن ذلك كالصدقة لا يعطى الغني منها شيئا، ويعطى المسدد بقدر حاله، فإن كان للأغنياء أولاد كبار فقراء وقد بلغوا أعطوا بقدر حاجتهم. الباجي: يريد بالمسدد الذي له كفاية وربما ضاق حاله لكثرة عياله. انتهى. وفهم من قوله ولم يعينهم أنه لو عينهم أنه يسوي بينهم وهو كذلك.

مسألة من نوازل ابن رشد: سأله عنها القاضي عياض؛ وهو عقد تضمن تحبيس فلان على ابنيه فلان وفلان لجميع الرحا [الكذا[1012]] الكراء بالسوية بينهما [والاعتدال[1013]] حبسها عليهما [وعلى[1014]] عقبهما حبسا مؤبدا، وتمم عقد التحبيس على واجبه وحوزه ومات الأب والابنان بعده وتركا عقبا كثيرا، وعقب أحدهما أكثر من عقب الآخر، وفي بعضهم حاجة، فكيف ترى قسمة هذا الحبس بين هؤلاء الأعقاب هل على الحاجة، أم على السوية، أم يبقى في يد كل عقب ما كان بيد أبيه؟ فأجاب الواجب في هذا الحبس إذا كان الأمر فيه على ما وصفت أن يقسم على أولاد العقبين جميعا على عددهم وإن كان عقب الولد الواحد أكثر من عقب الآخر بالسواء إن استوت حاجتهم، وإن اختلفت فضل ذو الحاجة منهم على من سواه بما يؤدي إليه الاجتهاد على قدر قلة العيال أو كثرتهم، ولا يبقى بيد ولد كل واحد منهما ما كان بيد أبيه قبله. وبالله التوفيق.

مسألة: سئل عنها الوالد عن أرض وقف تسمى بالرهط وتنسب لعمرو بن العاص رضي الله عنه، وأنه أوقفها على ذريته وذريته، أفخاذ منهم الرخامي والحطامي والساري، وكل واحد منهم بيده قطعة أخذها من آبائه فهل له أن يقسمها بين أولاده الذكور والإناث، ويكون لمن مات من الإناث أن تنقل حظها لأولادها حتى إنهم لو كانوا من فخذ آخر أخذوا ما صار لهم من أبيهم وما صار لهم من أمهم وليس ثم كتاب ولا شرط؟ فأجاب إذا ثبت الوقف بالبينة أو بالشيوع، فإن علم شرط الواقف بكتاب وقف أو بينة تشهد به ولو بالشيوع اتبع، وإن لم يعلم شرط الواقف وثبت له عادة قديمة فيصرف الوقف على ما جرت به العادة القديمة إذا لم تكن مخالفة للوجه الشرعي، وليس لمن صار بيده شيء من الوقف أن يبيعه ولا يقسمه بين أولاده ولا يؤجره مدة طويلة بل يبقى بيده، فإذا مات انتقل لمن جرت العوائد المذكورة أعلاه بانتقاله إليه، ثم سئل عنه مرة أخرى فأجاب عنه بما تقدم، وزاد فيه وإذا لم يثبت لهم شرط ولا عادة، وثبت أن الوقف على الذرية قسم بينهم في كل سنة على السوية إلا أن يكون فيهم محتاج فللناظر أن يؤثره على غيره. والله سبحانه أعلم. ومستنده في ذلك ما ذكره ابن فرحون في تبصرته في الباب السابع والخمسين والباب السبعين. قال فيه: وقد تقدم أنه يقبل قول متولي نظر الوقف في مصرفه إذا لم يوجد كتاب الوقف، وذكر أن العادة جرت بصرف غلته في الوجوه التي يذكرها. والله أعلم./ 49

الحديث ....

1011 - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 48 ويحيى ص21 ويم ص 21 م ص 17 ومايابى34.

1012 - سقط من المطبوع وم ص21 ويحيى ص21 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 48 م ص 17 ومايابى34.

1013 *- في المطبوع والاعتدال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1014 - في المطبوع وعلم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 48 ويحيى ص21 ويم ص 21 م ص 17 ومايابى34.

نص خليل

وَلَمْ يُخْرَجْ سَاكِنٌ لِغَيْرِهِ إلاَّ بِشَرْطٍ أَوْ سَفَرِ انْقِطَاعٍ أَوْ بَعِيدٍ.
باب الْهِبَةُ تَمْلِيكٌ بِلاَ عِوَضٍ وَلِثَوَابِ الآخِرَةِ صَدَقَةٌ وَصَحَّتْ فِي كُلِّ مَمْلُوكٍ يُنْقَلُ.

متن الحطاب

ص: **ولم يخرج ساكن لغيره إلا لشرط** ش: قال ابن عرفة: قال ابن الحاجب: ولا يخرج الساكن لغيره وإن غنيا. ابن عبد السلام: لما تكلم على حكم المساواة والترجيح قبل السكنى [تحدث على[1015]] ما إذا سكن أحدهم لموجب الفقر ثم استغنى، فإن ذلك الحكم لا يرتفع بارتفاع سببه وهو الفقر، ولعل ذلك لأن عودته لا تؤمن، وإلا فالأصل أن يخرج، وهذا في الوقف على غير معين. قال ابن عرفة: قلت: في لفظه ولفظ ابن الحاجب إجمال لأن ظاهر لفظهما، سواء كان الحبس على [عقب[1016]] ونحوه أو على الفقراء فسكن بعضهم لاتصافه بالفقر ثم استغنى أنه لا يخرج لغيره، وليس الأمر كذلك. قال ابن رشد في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم: من استحق مسكنا من حبس هو على الفقراء لفقره أخرج منه إن استغنى، وفي رسم أدرك من سماع ابن القاسم من استحق مسكنا من حبس هو على العقب وهو غني لانقطاع غيبة المحتاج ثم قدم أنه لا يخرج؛ لأنه لم يدخل عليه ولكنه سكن بها حيث لم يكن أحد أولى بها منه، وروى الباجي لو سافر مستحق السكنى لبعض ما يعرض للناس كان له كراء مسكنه إلى أن يعود، ولو انتقل إليه أحد من أهل الحبس رد لمنزله، وأخرج منه من دخل فيه. انتهى من آخر كتاب الحبس منه. وقال الفاكهاني في شرح قوله في الرسالة: "ومن سكن فلا يخرج لغيره" ما نصه: إلا أن يرى الناظر إخراجه وإسكان غيره مصلحة للحبس فله ذلك، لا سيما إن خاف من سكناه ضررا ولمثل هذا جعل الناظر.انتهى من الشيخ زروق ناقلا له عن الفاكهاني. وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم.

باب

ص: **الهبة تمليك بلا عوض ولثواب الآخرة صدقة** ش: قال ابن عرفة: الهبة أحد أنواع العطية، وهي أي العطية تمليك متمول بغير عوض إنشاء، فيخرج الإنكاح والحكم باستحقاق وارث إرثه، وتدخل العارية والحبس والعمرى والهبة والصدقة. ثم قال: والهبة لا لثواب تمليك ذي منفعة لوجه المعطى بغير عوض، والصدقة كذلك لوجه الله بدل لوجه المعطى،وفي الهبة لكونها كذلك مع إرادة الثواب من الله صدقة أو لا قولا الأكثر ومطرف حسبما يأتي ذكره في الاعتصار، وتخرج العارية والبيع، فقول المصنف: "الهبة تمليك بلا عوض" يريد ولم تتمحض لثواب الآخرة، وذلك أعم من أن تكون لوجه المعطى فقط أو لذلك مع قصد ثواب الآخرة، فإن تمحضت لثواب الآخرة، فهي الصدقة، وهذا معنى قوله: "ولثواب الآخرة صدقة"

فائدة: ورد في الحديث: {داووا مرضاكم بالصدقة[1]} سئل ابن رشد عن هذا الحديث ومعناه؟ فأجاب بأني لست أجده في نص من المصنفات الصحيحة، ولو صح/ فمعناه الحث على عيادة المرضى؛ لأن ذلك من المعروف وكل معروف صدقة فيحصل له السرور والدعاء له، ولا شك في رجاء الإجابة له والشفاء

50

الحديث

1- عن عبد الله قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم داووا مرضاكم بالصدقة وحصنوا اموالكم بالزكاة وأعدوا للبلاء الدعاء، البيهقي في سننه، الكبرى، كتاب الجنائز،ج3 ص382، دار الفكر.

1015 *- في المطبوع فحث على وما بين المعقوفين من ابن عرفة مخطوط مكتبة أحمد سالك بن ابوه ص361.

1016 *- في المطبوع معقب وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ابن عرفة ص361.

نص خليل ....

متن الحطاب فينفعه في الدواء. قال البرزلي: وحمله بعض شيوخنا على ظاهره، وأنه إذا تصدق عنه ويطلب له الدعاء من المتصدق عليه [يرجى[1017]] له الشفاء. ذكره البرزلي في آخر مسائل الوصايا والمحجور، وهو في النوازل في باب الجامع، والحديث أخرجه الطبراني والبيهقي، وقال العراقي في تخريج [أحاديث[1018]] الإحياء حديث: {الصدقة تسد سبعين بابا من السوء[1]}. ابن المبارك: في البر من حديث أنس بسند ضعيف: {إن الله ليدرأ بالصدقة سبعين بابا من ميتة السوء[2]}. والله أعلم.

فرع: قال في أثناء كتاب الهبة من المدونة: ومن وهب لرجل هبة على أن لا يبيع ولا يهب لم يجز، إلا أن يكون سفيها أو صغيرا فيشترط ذلك عليه ما دام في ولاية فيجوز، وإن شرط ذلك عليه بعد زوال الولاية لم يجز كان ولدا للواهب أو أجنبيا. المشذالي: قال القابسي عن [أبي[1019]] عمران: انظر ما معنى سفيها أو صغيرا وهما لا يجوز بيعهما شرطه أم لا؟. أبو عمران: لعله أراد أن لا تباع عليه إذا احتاج إلى النفقة؛ لأن لوليه بيع عروضه في النفقة فشرط أن لا تباع ويباع غيرها إن وجد. قال القابسي: الهبة جائزة، وهي كالحبس المعين، [و[1020]] لو وهب هبة لسفيه أو يتيم [وشرط[1021]] أن تكون يده مطلقة عليها، وأنه لا نظر لوصيه فيها نفذ ذلك الشرط. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن: حصل ابن رشد فيها في رسم إن خرجت من سماع عيسى خمسة أقوال: الأول: أن الصدقة والهبة لا تجوز إلا أن يشاء الواهب أن يبطل الشرط، فإن مات أحدهما بطلت، وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية ومثل قول ابن القاسم في رواية سحنون. الثاني: أن الواهب مخير بين أن يترك شرطه أو يسترد هبته، وورثته بعده [مثله[1022]] ما لم ينتقض أمره بموت الموهوب، وهذا القول يأتي على ما في مسألة الفرس. الثالث: أن الشرط باطل والهبة جائزة، وهذا يأتي على ما في المدونة في مسألة تحبيس الدار واشتراط ترميمها على المحبس عليه.

الرابع: أن الشرط عامل والهبة ماضية لازمة، فتكون الصدقة [بيد[1023]] المتصدق عليه كالحبس لا يبيع ولا يهب حتى يموت، فإذا مات ورث عنه على سبيل الميراث، وهو قول عيسى بن دينار في هذه الرواية وقول مطرف في الواضحة، وأظهر الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأن الرجل له أن يفعل في ملكه ما شاء. الخامس: أن يكون ذلك حبسا فإذا مات المتصدق عليه أو الموهوب له رجع إلى المتصدق أو ورثته أو أقرب الناس بالمحبس على اختلاف قول مالك. انتهى. والأقوال مبسوطة في كلام ابن رشد بأكثر من هذا، فراجعها في الرسم المذكور من السماع المذكور من كتاب الصدقات والهبات. والله أعلم.

الحديث

1- الاتحاف، ج4 ص167، دار الفكر.

2- الاتحاف، ج4 ص167، دار الفكر.

[1017] في المطبوع ويرجى وما بين المعقوفين من ن عدود50 وميابى36 ويم50 وم17 ويحيى367.

[1018] – سقط من المطبوع ومايابى36 و م ص17 وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 50 ويحيى ص21 ويم ص 22

[1019] – في المطبوع و م ص 17 عن ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص21 ويم ص 22 ومايابى36.

[1020] – سقط من المطبوع ومايابى36 وم ص17 ويم ص22 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص21.

[1021] – في المطبوع أو شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50 ويحيى ص21 ويم ص 22 م ص 17 ومايابى36.

[1022] – سقط من المطبوع ويم ص 22 م ص 17 ويحيى ص22 ومايابى36 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 50.

[1023] – في المطبوع بين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 ويحيى ص22 وم ص18 ويم ص22 ومايابى36.

نص خليل ....

متن الحطاب فرع: قال في كتاب الوصايا الثاني من المدونة: ومن قال في وصيته أحجوا فلانا ولم يقل عني أعطي من الثلث بقدر ما يحج به، فإن أبى الحج فلا شيء له وإن أخذ شيئا رده إلا أن يحج به. قال المشذالي: قال ابن عرفة: كان بعضهم يأخذ من هنا أن من أوصى لرجل بمال ليتزوج به فلم يفعل أنه يرجع ميراثا، والذي عندي أنه ينظر إلى ما يفهم بالقرائن عن الموصي إن أراد الإرفاق والتوسعة عليه فيكون له وإن لم يتزوج، وإن أراد خصوصية النكاح رجع ميراثا، وإن جهل الأمر فالأصل عدم تجاوز النكاح فإن انعدم رجع ميراثا.

قلت: الظاهر أنها تجري على ما قال بعض الشيوخ في كتاب المكاتب فيمن أخذ مالا ليغزو به فلم يغز أنه يرد، وكذا ابن السبيل إذا دفع له مال ليتحمل به فلم يسافر أنه يرده، ومن دفع له مال ليقرأ فلم يفعل أنه يرده، وحكي أن الفقيه التادلي وقعت له هذه المسألة دفع له أبوه مالا ليقرأ عليه، فرأى أن غرض أبيه لم يحصل فرد له المال، وأخبره أنه لم يبلغ من القراءة غرضه، فأتى أبوه إلى بعض الصالحين فشكا له أمره فدعا له، وقال اللهم افتح له المدونة كما فتحتها لسحنون./ المشذالي: 51 والصالح الذي دعا له ذكر بعضهم أنه الشيخ أبو يعزى رحمه الله. قاله الشيخ أبو الحسن في كتاب المكاتب. وقال ابن رشد في أول نوازل [عيسى[1024]] من الوكالات: وإذا صالح الوكيل عن الغريم من ماله فلم يجز الموكل الصلح فله أن يرجع بما دفع من ماله؛ لأنه إنما دفعه على أن يحط عن الغريم ما صالح على حطه، فإذا لم يحط كان له الرجوع، ولها نظائر كثيرة منها مسألة المكاتب في المدونة في قوم أعانوا مكاتبا ليفكوه، فلم يكن فيما أعانوه كفافا أن لهم أن يرجعوا فيه إلا أن يجعلوا المكاتب في حل، ومن ذلك صلح من قتل رجلين أولياءُ أحدهما ويأبى أولياء الآخر فإن له أن يرجع؛ لأنه إنما صالح على النجاة. قاله في سماع يحيى من الدعوى. انتهى.

وقال الشيخ أبو الحسن في مسألة الوصايا: يقوم منه أن من أعطى مالا لاشتغاله بطلب العلم أنه لا ينفقه في غير ذلك، وكذلك من توهم فيه صلاح أو غيره من وجوه الخير وهو يعلم أنه ليس كذلك أنه لا يجوز له أخذه، وانظر مسألة الحافظ التادلي، ويشير لما حكاه المشذالي عنه كما تقدم، وقال في النوادر في كتاب الهبات: ومن أعطي نفقة فقيل له تقو بها في السبيل فليشتر من ذلك القمح والزيت والخل وكل ما ينتفع به في السبيل، ولا يشتري به الدجاج ونحوه، وما فضل فرقه في السبيل أو رده إلى ربه إلا أن يقال اصنع به ما شئت هي لك فهذا إذا بلغ في غزوه صنع به ما يصنع في ماله، وأما إن قال له ذلك الوصي فلا يجوز ما قاله الوصي أن يفرقه في غير السبيل إلا أن يوصي إليه بمثل هذا. انتهى.

مسألة: إذا قال تصدقت بجميع ميراثي أو بميراثي على فلان، وهو كذا وكذا في الغنم والبقر والرمك والثياب والدور والأرضين إلا الأرض البيضاء فإنها لي، وفي تركته جنان لم ينص عليه قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثناه إذا كان يعرفه، وأرى الجنان إن كان يعرفه داخلا في الصدقة؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، إلا أن تكون الأرض هي الجنان عند الناس. قاله في رسم القضاء المحض من كتاب الصدقات من سماع أصبغ. قال ابن رشد: وهذا كما قال؛ لأنه قد تصدق عليه

الحديث ....

[1024] - في المطبوع ويم ص 21 م ص 18 سحنون وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 ويحيى ص22 ومايابى37.

نص خليل مِمَّن لَّهُ تَبَرُّعٌ بِهَا وَإِنْ مَجْهُولاً أَوْ كَلْبًا وَدَيْنًا وَهْوَ إِبْرَاءٌ إِنْ وُهِبَ لِمَنْ عَلَيْهِ.

متن الحطاب بجميع ميراثه إلا الأرض البيضاء كما قال، فوجب أن يكون الجنان داخلا في الصدقة إلا أن يكون عند الناس من الأرض البيضاء كما قال. انتهى.

ص: ممن له تبرع بها ش: قال ابن عرفة: قال ابن شأس وابن الحاجب الواهب من له التبرع.

قلت: ليس التبرع بأعرف من الهبة لأن العامي يعرفها دونه والأولى هو من لا حجر عليه بوجه. انتهى. قوله: "لا حجر عليه بوجه" يريد في القدر الذي [تصح[1025]] له منه الهبة لقوله بعده: وتصح من المريض في ثلثه إذ لا حجر عليه فيه فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال في أول كتاب الصدقة من المدونة: وكل صدقة أو هبة أو حبس أو عطية بتلها مريض لرجل بعينه أو للمساكين فلم [تخرج[1026]] من يده حتى مات فذلك نافذ في ثلثه كوصاياه؛ لأن حكم ذلك [وحكم[1027]] ما أعتق الإيقاف ليصح المريض فيتم ذلك أو يموت فيكون في الثلث، ولا يتم فيه لقابض في المرض قبض ولو قبضه كان للورثة إيقافه، وليس لمن قبضه أكل غلته إن كانت له غلة ولا أكله إن كان مما يؤكل ولا رجوع للمريض فيه لأنه بتل خلاف الوصية، ولا يتعجل قبضه إلا على أحد قولي مالك في المريض له مال مأمون فينفذ ما بتل من عتق وغيره. انتهى.

ص: وإن مجهولا ش: قال في المدونة: والغرر في الهبة لغير الثواب يجوز [لا[1028]] في البيع، ومن وهب لرجل موروثه من فلان، وهو لا يدري كم هو سدس أو ربع، أو وهبه نصيبه من دار أو جدار، وهو لا يدري كم ذلك فذلك جائز. انتهى. ونقله في النوادر في كتاب الهبات والصدقات عن كتاب ابن المواز، وقال قبله: قال أبو محمد: وأعرف لابن القاسم في غير موضع أن هبة المجهول جائزة، وقال ابن عبد الحكم تجوز هبة المجهول ولو ظهر له أنها كثير[1029] بعد ذلك. انتهى.

52 **فرع:** قال في النوادر عن كتاب ابن المواز: وإن تصدق عليه ببيت/ من داره، ولم يسم له مرفقا فليس له منعه من مدخل ومخرج ومرفق بئر ومرحاض إن لم يسمه في الصدقة، وليس له أن يقول افتح بابا حيث شئت، وكذلك في العتبية من رواية عيسى عن ابن القاسم. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا وهب له [حائطا[1030]] وله ثمر وزعم أنه إنما وهبه الأصل دون الثمرة، فإن كانت لم تؤبر فهي للموهوب له، وإن كانت مؤبرة فهي للواهب ويقبل قوله ولا يمين عليه. انتهى. قاله في كتاب الصدقة. وانظر كلام ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الصدقات والبرزلي في كتاب الهبات فإنهما أطالا في ذلك، وذكرا فروعا مناسبة. والله أعلم.

ص: وهو إبراء إن وهب لمن هو عليه ش: قال في المدونة: ومن وهبك دينا له عليك فقولك قد قبلت قبض وإذا قبلت سقط، وإن قلت لا أقبل بقي الدين بحاله. أبو الحسن: وإن سكت فقولان، ويؤخذ

الحديث ....

[1025] *– في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من يم50 ويحيى368.
[1026] *– في المطبوه يخرج وما بين المعقوفين من من يحيى51.
[1027] *– في المطبوع حكم وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص338.
[1028] – في المطبوع إلا ومايابى37 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 51 وم18.
[1029] *– في يم51 له أنه كثير.
[1030] – في المطبوع ويحيى ص 22 وم ص 18 حائط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 ويم ص23 ومايسابى38 (حائطه).

نص خليل وَإِلاَّ فَكَالرَّهْنِ وَرَهْنًا لَمْ يُقْبَضْ وَأَيْسَرَ رَاهِنُهُ.

متن الحطاب القولان من مسألة الأرض التي بعد هذا إذا افترقا ولم يقل قبلت فقال ابن القاسم الهبة ساقطة، وقال أشهب الدين لمن هو عليه وإن لم يقل ذلك حتى مات الواهب. انتهى. وقال في الشامل: وإن وهب الدين لمن هو عليه والوديعة لمن هي تحت يده فقبل مضى، وإن لم يقل قبلت حتى مات الواهب بطلت الهبة على الأصح؛ كأن قال لا أقبل. انتهى. وقال البرزلي في مسائل الصدقة: وسئل أبو محمد عمن كان عليه دين فتركه صاحبه له، ولم يقل الذي عليه قبلت إلا أنه سمعه، ثم قام صاحب الدين يطلبه وقال إذا لم يقل قبلت فليس له شيء، فأجاب إذا قال المطلوب إنما سكت قبولا لذلك فالقول قوله. قال البرزلي: قلت: جعل السكوت هنا قبولا ويتعارض فيها مفهوما المدونة، ونقل كلامها المتقدم.

فرع: قال ابن عرفة ناقلا له عن الباجي: دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا. قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وسيأتي كلامه برمته إن شاء الله.

ص: **وإلا فكالرهن** ش: أحال على الرهن ولم يتقدم له فيه شيء، وقال ابن الحاجب في باب الرهن وقبض الدين بالإشهاد والجمع بين الغريمين إن كان على غير المرتهن، وقبله في التوضيح. ثم قال ابن الحاجب هنا في باب الهبة: وتصح هبة الدين وقبضه كقبضه في الرهن مع إعلام المدين بالهبة. قال في التوضيح هنا: قوله مع إعلام إلى آخره زيادة بيان؛ لأن قوله كقبض الرهن يغني عنه، ألا ترى أنه قال في كتاب الرهن وقبض الدين إلى آخره، ثم إن إعلام المدين إنما هو مع حضوره، وأما إن كان غائبا ففي المدونة يصح القبض إذا أشهد لك وقبضت ذكر الحق وهكذا تقبض الديون ولم يتعرض المصنف -يعني ابن الحاجب- لقبض الوثيقة.

قال في الهبة من المدونة: وإن كان دينه على غيرك فوهبه لك فإن أشهد لك، وجمع بينك وبين غريمه ودفع لك ذكر الحق إن كان عنده فهذا قبض، فإن لم يكن كتب عليه ذكر حق وأشهد لك وأحالك كان ذلك قبضا، وحمله صاحب النكت على ظاهره من أنه إن لم يدفع ذكر الحق لا تصح الهبة بموت الواهب، كالدار المغلقة إذا لم يعطه مفاتيحها حتى مات الواهب أنه لا يصح للموهوب شيء وإن أشهد له، وجعل دفع الوثيقة في وثائق ابن العطار من شروط الكمال، وظاهر قول المصنف: "مع إعلام المدين"، وقوله في المدونة: وجمع بينك وبين غريمه أن ذلك شرط، ويجب أن يحمل على أنه شرط كمال؛ لأنه قد حكى في البيان في الجزء الثاني من الصدقات الاتفاق على عدم اشتراطه فقال: ولا خلاف في أن الذي عليه الدين حائز لمن تصدق عليه به وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو [حاضرا. انتهى[1031]] كلام التوضيح. فتأمله مع كلامه هنا، وقوله في التوضيح في آخر كلامه: وإن لم يعلم المتصدق عليه غائبا أو حاضرا كذا هو في التوضيح، والذي في البيان إن كان المتصدق عليه غائبا أو حاضرا فقبل ذكره في رسم العشور من سماع عيسى فقف عليه.

53 **فرع:** فإن دفع الدين بعد علمه بالصدقة للمتصدق غرمه/ للمتصدق عليه. قال ابن رشد: ويرجع به

الحديث ....

[1031] - في المطبوع و م ص19 حاضرا فقبل انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 52 ويحيى ص23 ويم ص 23 ومايابى38.

نص خليل

أَوْ رَضِيَ مُرْتَهِنُهُ وَإِلاَّ قُضِيَ بِفَكِّهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُعَجَّلُ وَإِلاَّ بَقِيَ لِبَعْدِ الأَجَلِ بِصِيغَةٍ أَوْ مُفْهِمِهَا وَإِنْ بِفِعْلٍ كَتَحْلِيَةِ وَلَدِهِ لاَ بِابْنٍ مَعَ قَوْلِهِ دَارَهُ.

متن الحطاب

على المتصدق به الذي دفعه إليه، وإن لم يعلم فلا غرم عليه، ورجع المتصدق عليه فأخذه من المتصدق. قاله في رسم العشور من سماع عيسى من الصدقات والهبات.

فرع: فإن وهب دينا وله عليه شاهد واحد فهل يحلف رب الدين أو الموهوب له؟ قال المشذالي في حاشيته على المدونة في الشفعة: لو وهب له دينا وله به شاهد حلف الموهوب له مع شاهد الواهب واستحق الدين، وتقدم في السلم الثالث مسألة المرأة تهب كالئها بعد موت زوجها مع ما يناسبها. انتهى. ويشير لما قاله في كتاب السلم الثالث في قوله: وإن ابتعت طعاما فلم تقبضه حتى أسلفته، ومما يشبه هذا ما قالوه فيمن اشترى سلعة من رجل ثم أنكر البائع ولم يجد المشتري؛ على الشراء إلا شاهدا واحدا، وكان قد تصدق بما اشتراه أن اليمين على المتصدق عليه لا على المشتري لأنه يقول لا أحلف ويأخذ غيري. حكاه الشيخ أبو الحسن في كتاب الولاء، وذلك خلاف ما أشار إليه صاحب الطراز عن الأبهري في امرأة تصدقت بكالىء صداقها وقد أثبتته على زوجها الميت قال: لا يقبضه المتصدق عليه إلا بعد يمين المرأة أنها لم تقبضه ولا وهبته ولا أحالت به ولا تصدقت به خوفا أن تكون إنما فعلت لتدفع اليمين عنها، وقال البرزلي في كتاب الهبات: رأيت معلقا على فتوى ابن رشد في الهبة يحلف الواهب، وقد تقدم عن ابن عات إذا وهب الدين بشاهد واحد من [الْحَالِفُ.[1032]] انتهى. وما ذكره عن الشيخ أبي الحسن هو في شرح قوله في المدونة: ومن أقام بينة في دار أنها لأبيه، وقد ترك أبوه ورثة سواه. الشيخ: نزلت مسألة وهي أن رجلا اشترى شيئا ولم يقم على الشراء إلا شاهدا واحدا وتصدق بذلك الشيء، ثم قام البائع عليه فإن اليمين هنا على المتصدق عليه؛ لأن المشتري يقول لا أحلف وينتفع غيري، وهذا يظهر من مسألة الغرماء. انتهى. وانظر لو كان المشتري باعه ثم قام البائع على المشتري الثاني فهل اليمين عليه أو على المشتري الأول؟ وقد نزلت هذه المسألة فانظر ذلك. والله أعلم.

ص: **أو رضي مرتهنه** ش: يريد وقبضه فأحرى إن لم يقبضه. والله أعلم.

ص: **وإلا قضي عليه بفكه إن كان الدين يعجل** ش: أي وإن لم يرض المرتهن بإمضاء الهبة بعد قبض الرهن قضي عليه بفكه إلى آخره، وظاهره سواء كان الواهب يجهل أن الهبة لا تتم إلا بتعجيل الدين أم لا. وقال في التوضيح: نص اللخمي وابن شاس على أنه إذا كان ممن يجهل ذلك يحلف على ذلك، ولا يجبر على تعجيل الدين اتفاقا. انتهى./ 54

ص: **بصيغة أو مفهمها** ش: قال في الذخيرة: الركن الرابع السبب الناقل، وفي الجواهر هو صيغة الإيجاب والقبول الدالة على التمليك بغير عوض أو ما يقوم مقامها في الدلالة على ذلك من قول أو فعل. انتهى. وفي جعله الركن سببا تأمل. ثم قال في الذخيرة: تنبيه: مذهب الشافعي [القبول على الفور[1033]]، وظاهر مذهبنا يجوز على التراخي لما يأتي بعد من إرسال الهبة للموهوب قبل القبول

الحديث ....

[1032] - في المطبوع الحلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 53 ويحيى ص23 ويم ص 23 م ص 19 ومايابى39.

[1033] *- في المطبوع القبول فورا على الفور وما بين المعقوفين من م19 ويحيى370 وسيد9.

نص خليل ....

متن الحطاب والشافعي يقول لا بد من توكيل الرسول في أن يهب عنه ولم يشترط ذلك مالك، وقد وقع لأصحابنا أن للموهوب له التروي في القبول. انتهى. وانظر التوضيح في شرح مسألة هبة الوديعة للمودع. والله أعلم.
تنبيه: تقدم في باب الحجر ويأتي في الوصايا أن الرقيق لا يحتاج إلى إذن سيده في القبول في الهبة والصدقة والوصية، وأن المصنف قال: لو قيل بمنعه من القبول للمنة التي [تترتب[1034]] على السيد بسبب ذلك ما بعد، وانظر على هذا إذا وهب للصغير [أو تصدق عليه[1035]] أو أوصي له هل لوليه رد ذلك أم لا؟ لم أقف على نص في ذلك، والظاهر أن للأب والوصي النظر في ذلك؛ لأن المال قد يكون حراما وقد يكون فيه منة على الوالد أو ولده ولا يجب ذلك، ولا كلام أن له الرد إذا كان يطلب عوضا عن ذلك من مال الولد، ثم رأيت في كتاب الأيمان من ابن يونس في شرح قوله: وإن حلف أن لا يأكل لرجل طعاما فدخل ابن الحالف على المحلوف عليه فأعطاه خبزا، فخرج الصبي بالخبز لأبيه فأكل منه الأب ولم يعلم حنث.
قال سحنون: أما أنا فتبين عندي [أنه[1036]] لا حنث؛ لأن الابن قد ملك الطعام [دون[1037]] الأب.
قال أبو إسحاق: لم يجعل ملك ابنه [تقرر[1038]] على ما أعطاه فيصير الأب قد أكل مال ابنه لا مال المحلوف عليه، ولعله أراد أن ذلك يسير للأب رده، فلما كان له رده لم يتقرر للابن عليه ملك إلا برضا الأب، فلهذا حنث الأب، وأما لو وهبه هبة كثيرة لها بال لا يقدر الأب على ردها فأكل منها الأب لا نبغى أن لا يحنث؛ لأنه مال لا يقدر الأب على رده على الواهب، وقال ابن يونس: قال بعض أصحابنا إن كان الأب موسرا حتى يكون له رد ما وهب لابنه من طعام [ولا ينتفع به[1039]] إلا بأكله في الوقت كالكسرة والتمرة وشبه هذا مما يناوله الإنسان لمن يدخل؛ لأن الأب يقول نفقة ابني علي فليس لأحد أن يحمل عني منها شيئا بغير إذني، فهذا إذا أكل مما أعطاه الصبي حنث، ويعد ذلك قبولا منه [لخبز[1040]] المحلوف عليه، وإن كان الأب معدما حتى لا يلزمه نفقة ولده، وكان عيش الابن من عند غير الأب من الصدقات ونحوها فأعطاه ذلك الرجل هذا فأكل منه الأب لم يحنث.
قال: وهذا معنى قول مالك. والله أعلم. قال وعبده وابنه في هذا سواء؛ لأن له رد ما وهب لعبده قل أو كثر إلا أن يكون على العبد دين فليس له رد ما وهب له من مال. انتهى. وما ذكره عن بعض أصحابنا ذكره في النكت عن بعض القرويين، ونقل ذلك في الذخيرة، وقال

الحديث ....

[1034] *- في المطبوع ترتبت وما بين المعقوفين من يم52 ويحيى370 وم19.
[1035] *- في المطبوع أو تصدق به عليه وما بين المعقوفين من يحيى370 ويم52 وسيد9 وم19 ومايابى39.
[1036] - سقط من المطبوع و م ص19 لا يحنث وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ومايابى39 ويحيى أنه لا يحنث ص24 ويم أنه لا يحنث ص 24.
[1037] - في المطبوع من الاب ومايابى39 ويحيى ص 24 ويم ص24 و م ص19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54.
[1038] - في المطبوع ويحيى ص24 و يم ص24 تقررا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ومايابى39.
[1039] *- في يحيى370 ويم52 وسيد9 وم19 ومايابى40 من طعام لا ينتفع به.
[1040] - في المطبوع الخبز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 54 ويحيى ص24 ويم ص24 م ص19 ومايابى40.

نص خليل وَحِيزَ وَإِنْ بِلاَ إِذْنٍ وَأُجْبِرَ عَلَيْهِ.

متن الحطاب القرافي في الفرق الخامس والثلاثين [بين[1041]] [قاعدة[1042]] الأسباب الفعلية: تصح من المحجور دون القولية، فلو صاد ملك الصيد أو احتش ملك الحشيش، بخلاف ما لو اشترى أو قبل الهبة أو الصدقة أو قارض أو غير ذلك من الأسباب القولية لا يترتب له عليها ملك. انتهى. ولم يذكر المصنف الركن الرابع وهو الموهوب له، وشرطه قبول الملك. والله أعلم.

ص: وحيز وإن بلا إذن وأجبر وليه عليه ش: والحائز هو الموهوب له إن كان رشيدا فإن كان سفيها فوليه، وفي صحة حوز السفيه قولان ذكرهما ابن عرفة في كتاب الهبة، وكلام المصنف في التوضيح والمختصر في كتاب الوقف يقتضي ترجيح القول بصحة حوزه، وتقدم الكلام عليه عند قوله في باب الوقف: "ولو سفيها". وقوله: "وأجبر عليه" أي على أن يحوزه، وهذا على المشهور من أن الهبة تلزم بالقول. قال ابن عرفة: والمعروف لزوم العطية بعقدها. ابن زرقون: قال المازري للواهب الرجوع في هبته قبل حوزها عند جماعة وفي قولة/ شاذة عندنا، وحكاها الطحاوي عن مالك وحكاها ابن خويز منداد عن مالك. 55

قلت: تقدم في الحبس نقل ابن رشد الاتفاق وهي لمعين دون يمين ولا تعليق يقضى بها. ابن رشد: اتفاقا. قال: وعلى غير معين كذلك فيها لا يقضى بها. ابن رشد: في القضاء بها قولان على [اختلاف الرواية[1043]] فيها وعلى معين في يمين أو تعليق فيها لا يقضى بها. ابن رشد: هذا هو المشهور. ولمحمد بن دينار من تسرى على امرأته وقد شرط لها أنه إن تسرى عليها فالسرية لها صدقة تامة [وأعتقها[1044]] بطل عتقه وكانت لها، وهو خلاف المشهور، وقول ابن نافع من شرط لمبتاع سلعة إن خاصمه فهي صدقة عليه فخاصمه لزمته الصدقة إن حمل اللزوم على القضاء بها فهو مثله. ابن زرقون: لابن نافع من قال إن تزوجت عليك فأمتي صدقة عليك قضي عليه بذلك، وقاله ابن دينار.

قلت: هذا خلاف عزو ابن رشد مسألة الأمة لابن دينار، ومسألة السلعة لابن نافع وجزمه به خلاف جعله ابن رشد محتملا، وفي القضاء بالمعلق باليمين لغير معين نقل ابن زرقون عن أصبغ والمعروف، وفي إيجاب دعوى هبة معين يمين الواهب قولا الجلاب، ونقل الباجي عن ظاهر المذهب قائلا دعوى المدين هبة رب الدين دينه يوجب يمينه اتفاقا.

قلت: وكذا من ادعى هبة ما بيده من معين. انتهى. وقال في الذخيرة في آخر كتاب الهبة: قال صاحب المنتقى: الهبة والصدقة والحبس متى كانت على وجه اليمين لمعين أم لا لا يقضى بها اتفاقا؛ لأنه لم يقصد البر بل اللجاج ودفع المحلوف عليه وعلى غير اليمين يقضى بها. قاله ابن القاسم، وقال أشهب إلا أن يكون على معين فإن الحق له حتى يطلبه. انتهى. وانظر الكلام في ذلك

الحديث ....

[1041] – سقط من المطبوع ومايابى40 ويحيى ص24 و م ص19وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 54.

[1042] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في الفروق ص343.

[1043] – في المطبوع اختلاف في الرواية وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص24 و م ص19 ومايابى40.

[1044] – في المطبوع وإن أعتقها ويم ص 24 و ملك ص19 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ومايابى40.

نص خليل ....

متن الحطاب

في باب النذر، وأفتى ابن رشد في نوازله في سؤال سأله القاضي عياض عنه، ونص السؤال والجواب: رجل أخرج مالا بصدقة فعزل منه شيئا سماه بلسانه وميزه لمسكين بعينه ثم بعد ذلك بدا له فصرفه لمسكين آخر فهل يباح له ذلك أم لا يباح له ذلك؟ لتمييزه إياه لمسكين بقوله، بخلاف مسألة من أخرج لمسكين كسرة فلم يجده؛ لأن ذلك لم يعطها للمسكين بقول ولا فعل، وفي مسألتنا هذه أعطاها بالقول ووجب طلبها للمسكين وتميزت له عنده فلا يجوز له صرفها إلى غيره، وهل صار قوله هذا لفلان وقد أخرج المال مخرج الصدقة كقوله تصدقت بهذا على فلان؟ وهل يستوي في هذا ما أخرج الإنسان على هذا الوجه من ماله، وما ميزه لمعين مما يجري من صدقة غيره على يديه؛ إذ ظهر لي بين الوجهين فرق كما ظهر لي بين المسألتين الأوليين للعلة التي ذكرت من معنى الصدقة والعطية، وهي مخصوصة بما يملك. الجواب: تصفحت السؤال، فإن كان هذا الرجل الذي عزل من المال الذي أخرجه للصدقة شيئا سماه لمسكين بعينه سماه له ونوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية فيكره له أن يصرفه إلى غيره، وإن كان بتله له بقول أو نية فلا يجوز له أن يصرفه إلى غيره، وهو ضامن له إن فعل، وكذلك ما جعل إليه تنفيذه مما أخرجه غيره للصدقة سواء، ومثله في المعنى الذي يأمر للسائل بشيء أو يخرج به إليه فلا يجده يكره له أن يصرفه إلى ماله، ولا يحرم ذلك عليه إن كان إنما نوى أن يعطيه له ولم يبتله له بقول ولا نية. وبالله التوفيق. انتهى من الأجوبة من باب الصدقات.

[وهذا[1045]] الذي ذكره فيما إذا بتله له بالنية يأتي على أحد المشهورين في لزوم الطلاق بالكلام النفسي، والفرق بين التبتيل بالنية ونية الإعطاء أنه لو عبر عن الأول عبر عنه بقوله أعطيته لفلان، ولو عبر عن الثاني عبر عنه بقوله أعطي أو نيتي أعطي، ونحوه في آخر مسائل الهبة. والله أعلم. قال في المسائل الملقوطة: فرع: قال في الذخيرة في باب الهبة والصدقة: قال ابن يونس قال مالك إذا خرجت للسائل بالكسرة أو بالدرهم فلم تجده أرى أن يعطى لغيره تكميلا للمعروف، وإن وجدته ولم يقبل فهو أولى من الأول لتأكد العزم بالدفع، واختلف هل/ له أكلها أم لا، فقيل يجوز له أكلها، وقيل لا، وقيل إن كان معينا أكلها، وإن كان غير معين لم يأكلها. انتهى. وقال فيها أيضا: فرع: قال مالك: ولا بأس بشراء كسر السائل لقوله عليه الصلاة والسلام لبريرة: {هو لها صدقة ولنا هدية[1]} انتهى.

56

فرع: قال في رسم الوصايا والحج من سماع أشهب من كتاب العارية: إذا قال له [بعد البيع[1046]] بع ولا نقصان عليك يلزمه؛ لأن معنى قوله بع والنقصان علي فهو أمر قد أوجبه على نفسه والمعروف على مذهب مالك وجميع أصحابه لازم لمن أوجبه على نفسه يحكم به عليه ما لم يمت أو يفلس، وسواء قال له ذلك بعد أن انتقد أو قبل أن ينتقد. انتهى.

الحديث

[1] – عن قتادة عن أنس بن مالك رضي الله قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم بلحم فقيل تصدق على بريرة قال هو لها صدقة ولنا هدية ، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الهبة وفضلها، دار الفجر للتراث، القاهرة، 2005، رقم الحديث 2577، ومسلم في صحيحه، كتاب الزكاة، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 1075 ج2 ص755.

[1045] – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 55 ويحيى 24 ويم ص25 و م ص20 ومايابى41.

[1046] – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 56 ويحيى 24 ويم ص25 و م ص20 ومايابى41.

نص خليل وَبَطَلَتْ إِنْ تَأَخَّرَ لِدَيْنٍ مُحِيطٍ أَوْ وَهَبَ لِثَانٍ وَحَازَ أَوْ أَعْتَقَ الْوَاهِبُ أَوِ اسْتَوْلَدَ وَلاَ قِيمَةَ أَوِ اسْتَصْحَبَ هَدِيَّةً أَوْ أَرْسَلَهَا ثُمَّ مَاتَ أَوِ الْمُعَيَّنَةُ لَهُ إِنْ لَمْ يُشْهِدْ كَأَنْ دَفَعْتَ لِمَنْ يَتَصَدَّقُ عَنْكَ بِمَالٍ وَلَمْ تُشْهِدْ لاَ.

متن الحطاب **فرع:** تقدم في باب الرهن عند قول المصنف: "وهل تكفي [بينة[1047]] على الحوز" أنه قال في كتاب الهبة من المدونة: ولا يقضى بالحيازة إلا بمعاينة بينة لحوزه في حبس أو رهن أو هبة أو صدقة، ولو أقر المعطي في صحته أن المعطى قد حاز وقبض وشهد عليه بإقراره بينة ثم مات لم يقض بذلك إن أنكر ورثته حتى تعاين البينة الحوز. اهـ.

فرع: إذا قال لولده أصلح نفسك وتعلم القرآن ولك قريتي فلانة، ففعل الولد ثم مات أبوه قبل والقرية بيده قبل أن يبلغ الولد الحوز فقال ابن القاسم في رسم الكراء والأقضية من سماع أصبغ من كتاب الصدقات: لا تكون له القرية إلا أن يعرف تحقيق ذلك بإشهاد الأب على ذلك. ابن رشد: لأن قوله لك قريتي ليس بنص في تمليكه إياها، بل الظاهر منه ذلك لاحتمال أن يريد تسكنها أو ترتفق بها. قال ابن القاسم: ويكون أراد التحريض، ولم يجعل ما أوجب له القرية به من إصلاحه نفسه وتعلمه عوضا لها فتمضي دون حيازة في ذلك اختلاف، فحكى ابن حبيب عن مطرف أنه قال من أعطى امرأته النصرانية دارا ساكنا بها على أن تسلم، فأسلمت فلا أراها من العطية؛ لأنه ثمن إسلامها والإشهاد يجزئها عن الحيازة وإن مات بها وبه أقول، وقال أصبغ لا أراها إلا عطية وفي المدونة لابن أبي حازم وابن القاسم من رواية عيسى مثل قول مطرف واختيار ابن حبيب. قال ابن أبي حازم في رجل قال لابنه إن تزوجت فلك جاريتي: هي له إذا تزوج، وإن مات الأب أخذها من رأس المال، وإن كان دين حاص بها الغرماء، وقال ابن القاسم هي له دون الغرماء إن فلس، وإن مات أخذها من رأس المال ولم يكن لأهل الدين فيها شيء، ولو قال بدل الجارية مائة دينار [كان[1048]] أسوة الغرماء في الفلس والموت؛ لأنه ليس شيئا بعينه. ابن رشد: وقول ابن القاسم هو الصحيح لا قول ابن أبي حازم، ومعناه إذا وجبت له الهبة بالتزويج قبل أن يتداين الأب. انتهى باختصار.

ص: **وبطلت إن تأخر لدين محيط** ش: يعني أن الهبة تبطل إذا تأخر الحوز حتى أحاط الدين بمال الواهب وظاهره ولو كان الدين حادثا بعد الهبة وهو أحد القولين، وعليه اقتصر ابن الحاجب./ 57

ص: **أو أرسلها** ش: تصوره ظاهر.

تنبيه: من بعث مالا [يشتري[1049]] به ثوبا لزوجته فإن لم يبتله لها [بالنية[1050]] أو يشهد لها فهي عدة له أن يرجع فيها. قاله ابن رشد في آخر سماع أصبغ من كتاب الزكاة الأول.

مسألة: من تصدق على رجل بمائة دينار وكتب له كتابا لوكيله ليدفعها إليه، فقدم على الوكيل بالكتاب، ودفع إليه منها خمسين، وقال اذهب سأدفع إليك الخمسين الباقية اليوم أو غدا، فمات

الحديث ....

1047 *- في المطبوع نية والمثبت من يم53 وميابى41 ويحيى371 وفي م20 نيته.

1048 - في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من يم53 ويحيى371 وم20 وسيد9 ومايابى42.

1049 - في ن ذي ص 57 ويم25 ومايابى42 ليشتري.

1050 - في المطبوع البينة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 57 ويحيى 25 ويم ص25 و م ص20 ومايابى42.

نص خليل

إنْ بَاعَ وَاهِبٌ قَبْلَ عِلْمِ الْمَوْهُوبِ وَإلاَّ فَالثمَنُ لِلْمُعْطِي رُوِيَتْ بِفَتْحِ الطَّاءِ وَكَسْرِهَا أَوْ جُنَّ أَوْ مَرِضَ وَاتَّصَلاَ بِمَوْتِهِ أو وُهَبَ لِمُودَعٍ وَلَمْ يَقْبَلْ لِمَوْتِهِ وَصَحَّ إنْ قَبَضَ لِيَتَرَوَّى أَوْ جَدَّ فِيهِ أَوْ فِي تَزْكِيَةِ شَاهِدِهِ أَوْ أَعْتَقَ أَوْ بَاعَ أَوْ وَهَبَ إذَا أَشْهَدَ وَأَعْلَنَ أَوْ لَمْ يُعْلَمْ بِهَا إلاَّ بَعْدَ مَوْتِهِ وَحَوْزُ مُخْدَمٍ وَمُسْتَعِيرٍ مُطْلَقًا وَمُودَعٍ إنْ عَلِمَ لاَ غَاصِبٍ وَمُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأجِرٍ إلاَّ أنْ يَهَبَ الإجَارَةَ وَلاَ إنْ رَجَعَتْ إلَيْهِ بَعْدَهُ بِقُرْبٍ بِأنْ آجَرَهَا أَوْ أَرْفَقَ بِهَا بِخِلاَفِ سَنَةٍ أَوْ رَجَعَ مُخْتَفِيًا أَوْ ضَيْفًا فَمَاتَ وَهِبَةُ أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ مَتَاعًا.

متن الحطاب

المتصدق قبل أن يقبض المتصدق عليه الخمسين الباقية من الوكيل قال: لا شيء له منها إذا لم يقبضها حتى مات المتصدق وليس له أكثر من الخمسين [التي[1051]] قبض؛ لأن [الوكيل[1052]] بمنزلته. ابن رشد: هذا بين لأن يد الوكيل كيد موكله./

58

ص: أو باع واهب قبل علم الموهوب ش: صوابه كما قال ابن غازي لا إن باع واهب حتى يوافق ما في المدونة. والله أعلم. وحكم الصدقة كالهبة، فإذا باع المتصدق ما تصدق به قبل علم المتصدق عليه لم تبطل الصدقة، ويخير المتصدق عليه في نقض البيع وإجازته لأنه بيع فضولي، كما أن للموهوب له إذا باع الواهب ما وهبه قبل علم الموهوب له لم تبطل الهبة، ويخير الموهوب له في رده وإجازته، وأما إن باع الواهب أو المتصدق بعد علم الموهوب له أو المتصدق عليه فالبيع ماض، والثمن للمعطى رويت بفتح الطاء وكسرها، وإلى ذلك أشار المصنف بقوله: "وإلا فالثمن للمعطى رويت بفتح الطاء وكسرها" والمسألة مفروضة في المدونة في الصدقة، وفرضها ابن الحاجب في الهبة فدل على أنه لا فرق بينهما.

تنبيه: إذا علم الموهوب له بالهبة ولم يفرط حتى عاجله الواهب بالبيع فله رده. نقله في التوضيح عن ابن يونس./

59

ص: ولا إن رجعت إليه بعده الخ ش: يعني أن الرقبة الموهوبة إذا رجعت إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له، وكان رجوعها إلى الواهب عن قرب، ورجوعها إلى الواهب بأن يكون أَجَرَهَا من الموهوب له أي استأجرها منه، أو بأن يكون الواهب أرفق بها أي أرفق الموهوب الواهب بالرقبة الموهوبة يريد أو أعمره إياها فإن ذلك كله يبطل الهبة. قال في التوضيح: باتفاق لما دلت عليه القرينة أن ذلك [تحيل لإسقاط[1053]] الحيازة، وهكذا صرح الباجي وغيره بالاتفاق. انتهى. وقوله بخلاف سنة؛ يعني أن رجوع الرقبة الموهوبة إلى الواهب بعد أن حازها الموهوب له سنة لا [يبطل[1054]] الهبة؛ لأن السنة طول، وقيل الطول سنتان. قاله في التوضيح. وما مشى عليه المؤلف من أنها إذا عادت إليه بعد الطول الذي جعله سنة لا يبطل الهبة هو أحد [قولين[1055]] ذكرهما ابن الحاجب من غير ترجيح،

الحديث

....

1051 – في المطبوع ومايابى42 يحيى ص25 و م ص20 و يم ص25 الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57.

1052 – في المطبوع يحيى ص25 ويم ص25 لأن التوكيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص 57 و م ص20 ومايابى42.

1053 – في المطبوع تحميل إسقاط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 ويم ص25 و م ص20 ومايابى42.

1054 – في المطبوع تبطل وما بين المعقوفين من سيد9 وم21.

1055 *– في المطبوع القولين ويم53 والمثبت من يحيى371 وم21 وميابى42

نص خليل وَهِبَةُ زَوْجَةٍ دَارَ سُكْنَاهَا لِزَوْجِهَا لاَ الْعَكْسِ وَلاَ إِنْ بَقِيَتْ عِنْدَهُ إِلاَّ لِمَحْجُورِهِ.

متن الحطاب لكن قال في التوضيح عن ابن عبد السلام إن أقرب القولين أن ذلك لا يضر. قال: وهو الذي رواه محمد عن مالك وأصحابه. انتهى.

تنبيهات: الأول: قال ابن سهل في كتاب الصدقات والهبات: سأل ابن دحون القاضي ابن زرب عمن وهبت له دار ثم أعمرها الواهب بعد أشهر يسيرة لا يكون مثلها حيازة، ثم علم أن ذلك مما يبطل هبته، فأراد إبطال العمرى وقبض الدار فأطرق القاضي فيها حينا. ثم قال: إن كان الموهوب له ممن يرى أنه يعلم أن العمرى إبطال [للهبة[1056]] فقد لزمه ما صنع وبطلت هبته، وإن كان ممن يرى أنه لا يعلم أن العمرى إبطال للهبة في ذلك انفسخت العمرى، ورجع الموهوب له إلى الدار وقبضها من الواهب. انتهى.

الثاني: ما ذكره المؤلف محله ما إذا كان الموهوب له يحوز لنفسه يدل على ذلك قول المؤلف آجرها أو أرْفِقَ بها. قال في التوضيح: وأما إن كان صغيرا فحاز عليه الأب أو غيره ثم رجع الأب إليها قبل أن يكبر ويحوز لنفسه سنة فهي باطلة. محمد: لا يختلف في ذلك مالك وأصحابه، والفرق بين الصغير والكبير أن الكبير يتصور منه منع الأب من الرجوع في الهبة فلا يعد رجوعه رجوعا في الهبة والصغير لا يقدر على ذلك فيعد رجوعه رجوعا في الهبة. انتهى.

الثالث: ما تقدم من الاتفاق على بطلانها إذا رجع إليها الواهب. قال في التوضيح: فذلك إذا سكنها الأب وحده، وأما إن سكن فيها مع الولد فظاهر قول مالك أيضا البطلان، وحكى أبو محمد في كتاب الاختلاف عن ابن حبيب أنها لا تبطل؛ لأنه إنما سكن بحضانته لهم. انتهى.

الرابع: قوله: "أو أرفق بها" هو ماض مبني للمفعول من باب الإفعال. والله أعلم.

60 ص: **وهبة زوجة دار سكناها لزوجها لا العكس** ش: قال ابن عرفة: ابن سهل خاض أهل/ مجلس ابن زرب في صحة حوز الزوجة دارا تصدق بها زوجها عليها لسكناها معه. قال جلهم حوز، وأنكره ابن زرب لسكنى الزوج قالوا فما تقول قال هي مشتبهة وتوقف. قال ابن سهل فيه: دليل عدم الاجتهاد لعزوب هذه [عنهم[1057]] مع نصها في سماع عيسى، فينبغي أن لا يغفل عن درس المسائل فآفة العلم النسيان، وحكي عن أبي عمر الاشبيلي أنه [قال[1058]] لا يبقى مع الحافظ آخر عمره إلا معرفة [مواضع[1059]] المسائل، وما هي [إلا[1060]] منزلة كبيرة لمن كان بهذه المنزلة في العلم ولم يكن كما ذكر عن بعض من اتسم بالفتيا أنه طلب باب الحضانة في باب طلاق السنة فلم يجده فرمى بالكتاب في محرابه، وهذا هو الموجود في وقتنا. انتهى. وقال قبله عن ابن سهل: لو تركت الدرس عامين لنسيت ما هو أظهر من هذا، يشير إلى مسألة ذكرها. قال ابن عرفة: يؤخذ منه أنه ينبغي لمن

الحديث ....

[1056] - في المطبوع الهبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 59 ويحيى 25 ويم ص26 و م ص21 ومايابى43.

[1057] - في المطبوع عندهم ومايابى43 ويحيى 26 ويم ص26 و م ص21 وما بين المعقوفين من ن عدود.

[1058] - سقط من المطبوع ومايابى43 ويم ص26 و م ص21 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60.

[1059] - في المطبوع ويم ص26 موضع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 و م ص21 ومايابى43.

[1060] - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 60 ويحيى 26 ويم ص26 و م ص21 ومايابى43.

نص خليل إلاَّ مَا لاَ يُعْرَفُ بِعَيْنِهِ وَلَوْ خَتَمَ عَلَيْهِ وَدَارَ سُكْنَاهُ إلاَّ أَنْ يَسْكُنَ أقَلَّهَا وَيُكْرِيَ لَهُ الأكْثَرَ وَإِنْ سَكَنَ النِّصْفَ بَطَلَ فَقَطْ وَالأكْثَرَ بَطَلَ الْجَمِيعُ وَجَازَتِ الْعُمْرَى كَأعْمَرْتُكَ أو وَارِثَكَ وَرَجَعَتْ لِلْمُعْمِرِ أَوْ وَارِثِهِ كَحُبُسٌ عَلَيْكُمَا وَهْوَ لآخِرِكُمَا مِلْكًا لاَ الرُّقْبَى كَذَوَيْ دَارَيْنِ قَالاَ إنْ مُتَّ قَبْلِي فَهُمَا لِي وَإلاَّ فَلَكَ كَهِبَةِ نَخْلٍ وَاسْتِثْنَاءِ ثَمَرَتِهَا سِنِينَ وَالسَّقْيُ عَلَى الْمَوْهُوبِ لَهُ أَوْ فَرَسٍ لِمَنْ يَغْزُو سِنِينَ وَيُنْفِقُ عَلَيْهِ الْمَدْفُوعُ لَهُ وَلاَ يَبِيعُهُ لِبُعْدِ الأجَلِ.

متن الحطاب ابتلي بالفتوى أن لا يترك ختم التهذيب مرة في العام، وكذا كنت أفهم مما ذكر عن بعض شيوخنا، وذكر القاضي تقي الدين الفاسي في ترجمة الوانوغي عن الوانوغي أنه كان يقول: كان ابن عبد السلام يقول: من لا يختم المدونة في كل سنة لا يحل له الفتوى منها. انتهى.

ص: **إلا ما لا يعرف بعينه ولو ختم** ش: هذا قول ابن القاسم ورواية المصريين عنه. قال المتيطي: وبه الحكم وعليه العمل، وعليه اقتصر في الإرشاد، وقال في الشامل إنه الأصح. وقال الشيخ داود في شرح الرسالة إنه المشهور، وبه أفتى ابن رشد ذكره في نوازله من مسائل الهبات، وقال الرجراجي في القول الثاني إنه الأظهر. قال ابن رشد في الأجوبة في مسائل الهبات والصدقة بالعين على الصغير: لا تصح إلا أن يخرجها المتصدق من ماله، ويضعها على يد من يحوزها له بمعاينة الشهود لذلك، فإذا لم يكن إلا إقرار الأب أن الأم تصدقت على ابنتها بمائة/ دينار وتسلفها الأب منها وتصديق الأم له على ذلك اتهم الأب في أن يكون أراد أن يولج إليها ذلك من ماله بعد وفاته فلا يصح ذلك إلا بمعاينة الشهود على الصدقة بدفع المال إلى الأب ليحوزه للابنة عن الأم. انتهى. وأما لو دفعتها لغير الأب فإنه يكون شاهدا. 61

ص: **وجازت العمرى كأعمرتك** ش: قال ابن عرفة: العمرى تمليك منفعة حياة المعطى بغير عوض إنشاء فيخرج الحكم باستحقاقها ويصدق عليها قبل حوزها لأنه قبله عمرى وكذا بقية الأنواع، وحكمها الندب لذاتها، ويتعذر [عروض وجوبها[1061]] لا كراهتها أو تحريمها. الصيغة الباجي: ما دل على هبة المنفعة دون الرقبة كأسكنتك هذه الدار عمرك، أو وهبتك سكناها عمرك. انتهى. قال في أواخر كتاب الهبات من المدونة: ومن قال قد أعمرتك هذه الدار حياتك، أو قال هذه الدابة أو هذا العبد جاز ذلك وترجع بعد موته إلى الذي أعمرها أو إلى ورثته. ثم قال: ومن قال داري هذه لك صدقة سكنى فإنما له السكنى دون رقبتها، وإن قال له قد أسكنتك هذه الدار وعقبك من بعدك، أو قال هذه الدار لك ولعقبك سكنى فإنها ترجع إليه ملكا بعد انقراضهم، فإن مات فإلى أولى الناس به يوم مات، أو إلى ورثتهم لأنهم هم ورثته. انتهى. وقال ابن عرفة بعد ذلك: قال الباجي: في المجموعة والموازية ابن القاسم وأشهب من قيل له هي لك صدقة سكنى فليس له إلا سكناها دون رقبتها. محمد: حياته. انتهى.

تنبيه: إذا قال أعمرتك ولم يقل حياتك أو حياتي ولم يضرب لها أجلا فهي عمرى وكذلك أسكنتك. قال اللخمي في أواخر العارية: فصل وقد أتت هبات متقاربة اللفظ مختلفة الأحكام حمل بعضها على

الحديث ....

[1061] - في المطبوع ومايابى44 ويحيى ص26 و م ص21 وجوب عروضها وما بين المعقوفين من ن عدود ص 61.

نص خليل ....

متن الحطاب هبة الرقاب وبعضها على هبة المنافع، وهو أن يقول كسوتك هذا الثوب وأخدمتك هذا العبد وحملتك على هذا البعير، وأسكنتك هذه الدار وأعمرتك، فحمل قوله أعمرتك وأسكنتك وأخدمتك على أنها هبة منافع حياة المخدم والمسكن والمعمر، وقوله كسوتك هذا/ الثوب أو حملتك على هذا البعير أو الفرس على هبة الرقاب. ثم قال: والعمرى ثلاثة مقيدة بأجل أو حياة المعمر، ومطلقة ومعقبة، فإن كانت مقيدة بأجل فقال أعمرتك هذه الدار سنة أو عشرا أو حياتي أو حياتك كانت على ما أعطى، وإن أطلق ولم يقيد كان محمله على عمر المعطى حتى يقول عمري أو حياتي وإن عقبها فقال أعمرتكها أنت وعقبك لم ترجع إليه إلا أن ينقرض العقب. انتهى.

62

وقال ابن جزي في القوانين: العمرى جائزة إجماعا، وهي أن يقول أعمرتك داري وضيعتي أو أسكنتك أو وهبت لك سكناها أو استغلالها، فهو قد وهب له منفعتها فينتفع بها حياته، فإذا مات رجعت إلى ربها، وإن قال لك ولعقبك فإذا انقرض عقبه رجعت إلى ربها أو إلى ورثته. انتهى. وقال اللخمي قبل كلامه المتقدم: وإن قال أذنت لك أن تسكن داري أو تزرع أرضي أو تركب دابتي أو تلبس ثوبي كان عارية وتجري على ما تقدم من العارية إذا ضرب لها أجلا أو لم يضرب. انتهى. وقال ابن عرفة في آخر كتاب العارية: المخدم ذو رق وهب مالك خدمته إياها لغيره، فيدخل المدبر، والجزء من العبد لا المكاتب وأم الولد، وهو أحد أنواع العارية إن لم يخرج رَبُّهُ عن ملك رقبته بعتق أو ملك، ثم تكلم على نفقته، وقال في النوادر في كتاب الخدمة من كتاب ابن المواز: قال ابن القاسم ومن وهب خدمة عبده لرجل ولم يوقت فأما في الوصية فله خدمة العبد حياة المُخْدِمِ لأنه أوصى له بخدمته ولم يتركها لورثته، وأما في الصحة فأسأله وأصدقه فإن مات ولم يبين فلا شيء لِلْمُخْدِمِ فيه. قال أصبغ: له خدمته حياة المخدم. قال محمد: قول ابن القاسم أحب إلي أن لا شيء له، بخلاف من قال لرجل وهبت لك خدمة عبدي أو أخدمتك عبدي ومسألتك إنما هي أخدم فلانا. انتهى.

فرع: سئل ابن رشد عمن أعمرت أبويها دارا فمات أحدهما، فقامت المعمرة تطلب نصف الدار، وهل الأبوان والأجنبيان سواء أم لا؟ فأجاب: إذا كانت المعمرة حية فهي مصدقة فيما تزعم من أنها أرادت أن يرجع إليها حظ من مات منهما لا إلى صاحبه، وإن ادعى الباقي منهما أنها نصت على أن الدار تبقى للآخر منهما لزمتها اليمين، ولو ماتت ولم يدر ما أرادت [فيخرج[1062]] ذلك على الاختلاف في الذي يحبس على معينين فيموت بعضهم هل يرجع إلى المحبس، أو إلى من بقي منهم حتى يموتوا كلهم؟ ولا فرق في هذا بين الأبوين وغيرهم. انتهى من مسائل العمرى. وقال ابن بطال في أحكامه: قال ابن المواز: قال مالك وابن القاسم وابن وهب وأشهب فيمن حبس دارا أو حائطا على قوم فمات بعضهم فإن ما كان للميت من ذلك يرجع على بقية أصحابه، وكذلك في جميع الأحباس من غلة أو سكنى أو خدمة أو دنانير محبسة، كان مرجع ذلك الحبس إلى صاحب ذلك الأصل أو إلى غيره أو إلى السبيل أو إلى الحرية، وهذا إذا كان مشاعا، فأما إن كان لكل واحد منهم يوم على حدة أو كيل مسمى

الحديث ....

[1062] – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع لتخرج وهو الذي في مايابى44 ويحيى27 و يـم26 وم21.

نص خليل وَلِلأَبِ اعْتِصَارُهَا مِنْ وَلَدِهِ.

متن الحطاب أو سكنى معروف لكل واحد من أيام بعينها أو سكنى بعينه لكل واحد منهم سماه فهذا من مات منهم يرجع نصيبه إلى صاحب الحبس إن جعل مرجع الحبس إليه أو إلى من جعل مرجعه إليه. قاله كله مالك، وقد قال أيضا خلافه إن لم يكن حبسا عليهم مشاعا. انظر بقية كلامه، وقال ابن رشد في نوازله فيمن نحل ابنه عند عقد نكاحه ثلث مستغل أملاكه حيثما كانت، ولم يذكر حياة الناحل ولا المنحول له، ثم توفي الناحل بعد عشرة أعوام، وكان المنحول له يستغلها، فقام سائر الورثة وقالوا ليس لك بعد حياة أبيك شيء، وقال [بل[1063]] ذلك لي حياتي. فأجاب الذي أقول به في هذه المسألة على مذهب ابن القاسم أن للمنحول ثلث غلة الأملاك ما بقيت، وكان [لها غلة[1064]] طول حياته ولورثته بعد وفاته قياسا على قوله فيمن وهب لرجل خدمة عبده ولم يقل حياة المخدم ولا حياة العبد إن لورثة المخدم خدمة هذا العبد ما بقي إلا أن يستدل من مقالته على أنه أراد حياة المخدم، ويأتي على قول غيره/ أنه إنما للمخدم خدمة العبد حياة المخدم لا حياة العبد أن يكون للمنحول في مسألتك ثلث غلة الأملاك ما دام حيا، وأما أن يسقط حقه بموت الناحل فذلك ما لا يصح على قول قائل من أهل العلم. وبالله التوفيق. انتهى من باب النحلة والسياقة من كتاب النكاح.

63

ص: وللأب اعتصارها من ولده ش: قال أبو الحسن: قال عياض: معنى الاعتصار الحبس والمنع، وقيل الارتجاع. قاله ابن الأعرابي، وكلاهما في ارتجاع الهبة [صحيح.[1065]] انتهى. وقال ابن عرفة: والاعتصار ارتجاع المعطي عطيته دون عوض لا بطوع المعطى. [وصيغته[1066]]: ما دل عليه لفظا، وفي لغو الدلالة عليه التزاما نقلا ابن عات عن بعض فقهاء الشورى وابن ورد. قال بعض فقهاء الشورى من شرط في هبة ابنه الصغير الاعتصار، ثم باعها باسم نفسه ومات فقيمتها لابنه في ماله وليس ذلك اعتصارا إلا أن يشهد عند بيعه أو قبله أن بيعه اعتصار، ولا يجوز اعتصارها بعد بيعها ولا يكون اعتصارها إلا بالإشهاد، وفي الاستغناء: رأيت لابن ورد ما ظاهره خلاف هذا قال إن باع الأب مال ابنه، ونسبه لنفسه وأفصح بذلك، والمبيع لم يصر للابن إلا من قبل أبيه بهبة يجوز اعتصارها فيختلف في ذلك، والأظهر أنه بيع عداء يتعقبه حكم الاستحقاق.

قلت: بالأول أفتى ابن الحاج في نوازله.انتهى كلام ابن عرفة. وقال ابن راشد في اللباب: الصيغة ما يدل على ذلك نحو اعتصرت ورددت، ثم ذكر بعض ما تقدم وهو أن بيعه لا يكون اعتصارا قال: ولا يجوز اعتصارها بعد البيع، والثمن للولد، ولا يكون اعتصار الأبوين إلا بالإشهاد. انتهى. انظر البرزلي في مسائل الهبة فقد أطال في ذلك. والله أعلم.

تنبيه: تكلم في أوائل سماع ابن القاسم من الصدقات والهبات على حكم ما إذا باع الأب ما تصدق به على ولده، وقال في شرح المسألة الرابعة منه: فإذا وهب لابنه الصغير دينا على رجل ثم اقتضاه منه بعد ذلك فهو كما قال بمنزلة العرض يتصدق به عليه ثم يبيعه بعد ذلك أن الثمن يكون للابن في ماله

الحديث ....

[1063] – في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 62 ويحيى ص27 ويم ص27 و م ص22 ومايابى45.
[1064] – في المطبوع غلته وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى373 ويم55 ومايابى45 وم22.
[1065] – في المطبوع صحيحا وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 (وفي يحيى27 ويم27 و م22 ومايابى45 صحيحان).
[1066] – في المطبوع الصيغة وما بين المعقوفين من عليش، ج8 ص205.

نص خليل كَأُمٍّ فَقَطْ وَهَبَتْ ذَا أبٍ وَإِن مَّجْنُونًا وَلَوْ تَيَتَّمَ عَلَى الْمُخْتَارِ إِلاَّ فِيمَا أُرِيدَ بِهِ الآخِرَة كَصَدَقَةٍ بِلاَ شَرْطٍ.

متن الحطاب وبعد وفاته؛ لأن تنصيص العرض المتصدق به بالبيع كقبض الدين، وسواء باع العرض لابنه باسمه أو جهل ذلك فلم يعلم إن كان باع لنفسه أو لابنه، وأما إن باع ذلك لنفسه نصا على سبيل الرجوع فيها والأكل لها فالبيع مردود، والصدقة جائزة، ويتبع المشتري الأب بالثمن في حياته وبعد وفاته وجده أو لم يجده؛ لأن الصدقة قد كانت حيزت للابن، ولو كانت الصدقة دارا يسكنها الأب فباعها قبل أن يرحل عنها لنفسه استرجاعا لصدقته واستخلاصا لنفسه بطل البيع إن عثر عليه في حياته، ومضت الصدقة للابن، وإن لم يعثر على ذلك حتى مات الأب بطلت الصدقة، ولم يكن للابن فيها حق ولا في الثمن وصح البيع للمشتري. والله أعلم. انتهى. وانظر المتيطية في كتاب الصدقة، وقال في مفيد الحكام في كتاب العتق: ومن وهب عبدا لولده الصغير ثم أعتقه لم ينفذ عتقه فيه إلا أن يكون أبو الولد موسرا، فيعطى الولد قيمة العبد وينفذ العتق وإلا فلا، وقد قيل إن ذلك رجوع فيما وهب من العبد وليس عليه شيء، وهذا في الموضع الذي يجوز له فيه الرجوع في هبته. انتهى.

وقال في الذخيرة في كتاب الهبة: قال الأبهري: وإذا تصدق على ولده بعبد فأعتقه وعوضه غيره مثله أو أدنى جاز إن كان في ولايته لشبهة [الولاية[1067]] وشبهته في ماله، فإن كان كبيرا امتنع ويمتنع ذلك من الوصي لعدم الشبهة بالمال. انتهى. وسئلت عن رجل ملك ولده بئرا أو أرضا ثم بعد أربع سنين أوقف جميع أملاكه على أولاده، وأدخل في ذلك الأرض والبئر التي [أوقفها على ولده[1068]] أولا فأجبت بأنه إن كان الولد كبيرا وحاز ما ملكه أبوه، أو صغيرا وأشهد أبوه أنه حاز له فالتمليك صحيح ولا يبطله الوقف الذي بعده إلا أن يشهد الأب أنه رجع فيما ملكه لولده قبل الوقفية إن كان الولد كبيرا ولم يحز أو صغيرا ولم يحز الأب له حتى أوقفه، فالوقف صحيح، والتمليك باطل إلا أن يحكم به حاكم لا/ يشترط الحيازة، وهو على القول الراجح أن الاعتصار لا يكون إلا بالقول ولا يكون بالعتق، وبذلك أفتى القاضي أبو القاسم المالكي الأنصاري. والله أعلم. 64

ص: كأم [فقط[1069]] **وهبت ذا أب** ش: يعني أن الأم إذا وهبت لولدها فإن كان له أب فلها أن تعتصر منه وإن لم يكن له أب فلا تعتصر منه، وهذا إذا كان الولد صغيرا، وأما إن كان كبيرا فلها أن تعتصر منه كان له أب أو لم يكن. قال في المدونة: وللأم أن تعتصر ما وهبت أو نحلت لولدها الصغير في حياة أبيه أو ولدها الكبير إلا أن ينكحا أو يتداينا، فإن لم يكن للصغير أب حين وهبته أو نحلته فليس لها أن تعتصر؛ لأنه يتيم، ولا يعتصر من اليتيم ويعد كالصدقة، وإن وهبتهم وهم صغار لا أب لهم ثم بلغوا ولم يحدثوا في الهبة شيئا فليس لها أن تعتصر؛ لأنها وهبت في حال اليتم، وإن وهبتهم وهم صغار والأب مجنون جنونا مطبقا فهو كالصحيح في وجوب الاعتصار لها. انتهى. وإلى هذا الأخير أشار المصنف بقوله وإن مجنونا./ 65

الحديث ....

[1067] – في المطبوع الولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص63 ويحيى ص27 ويم ص27 و م ص22 ومايابى46.

[1068] *– في المطبوع ويحيى373 ومايابى46 وم22 (أوقفها على ولده) وفي يم55 (ملكها على ولده) وصوبه الشيخ محمد سالم ب ملكها ولده.

[1069] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى373 ويم55.

نص خليل

إن لَّمْ تَفُتْ لاَ بِحَوَالَةِ سُوقٍ بَلْ بِزَيْدٍ أَوْ نَقْصٍ وَلَمْ يُنْكَحْ أَوْ يُدَايَنْ لَهَا أَوْ يَطَأْ ثَيِّبًا أَوْ بِمَرَضٍ كَوَاهِبٍ إِلاَّ أَنْ يَهَبَ عَلَى هَذِهِ الأَحْوَالِ أَوْ يَزُولَ الْمَرَضُ عَلَى الْمُخْتَارِ وَكُرِهَ تَمَلُّكُ صَدَقَةٍ بِغَيْرِ مِيرَاثٍ وَلاَ يَرْكَبُهَا أَوْ يَأْكُلُ مِنْ غَلَّتِهَا وَهَلْ إِلاَّ أَنْ يَرْضَى الاِبْنُ الْكَبِيرُ بِشُرْبِ اللَّبَنِ تَأْوِيلاَنِ وَيُنْفِقُ على أَبٍ افْتَقَرَ مِنْهَا وَتَقْوِيمُ جَارِيَةٍ أَوْ عَبْدٍ لِلضَّرُورَةِ وَيُسْتَقْصَى.

متن الحطاب

ص: إن لم يفت بحوالة سوق ش: قال الشارح: ظاهره أن الهبة يفوت اعتصارها بحوالة السوق، والذي حكاه الباجي عن مطرف وعبد الملك وأصبغ أن ذلك غير مفيت. ابن راشد: ولا خلاف فيه. انتهى.

قلت: حكى في معين الحكام قولين في فوات الاعتصار بحوالة الأسواق، فيحتمل أن يكون المصنف اعتمد القول بالإفاتة فتأمله. والله أعلم.

ص: وكره تملك صدقة بغير ميراث ش: يريد بوجه من وجوه التمليك إلا بإرث وإن تداولتها الأملاك ولا يشتريها من فقير، واحترز بالصدقة من الهبة فإنه يجوز له أن يتملكها على المشهور. قاله في التوضيح.

ص: ولا يركبها أو يأكل غلتها ش: انظر هل النهي على المنع أو الكراهة؟ وظاهر المدونة المنع. قال في كتاب الصدقة: ومن تصدق على أجنبي بصدقة لم يجز أن يأكل من ثمرتها ولا يركبها إن كانت دابة ولا ينتفع بشيء منها.انتهى. وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: ولا يأكل من ثمرتها ولا يركبها يعني إذا تصدق بحائط فلا يأكل ثمرته، وإذا تصدق بدابة فلا ينتفع بركوبها، وفي ذلك قولان أشهرهما الجواز لحديث العرايا[1]، وقال عبد الملك لا ينتفع بذلك. خليل: وفيه نظر لأن الجواز خلاف ظاهر المدونة. انتهى.

قلت: إن حمل الجواز على أن المراد به المباح فهو مشكل كما ذكره؛ لأن لفظ المدونة لا أقل أن يحمل على الكراهة ولا حجة في حديث العرايا؛ لأنهم قد صرحوا بأنه مستثنى من شراء ما تصدق به للضرورة، وإن أريد بالجواز ما يعم المكروه فلا إشكال وكأن مقابله أعني قول عبد الملك يقول بالمنع كما هو ظاهر لفظه.

تنبيه: قال في التوضيح: قوله ولا يأكل من ثمرتها ظاهره لا ينتفع بها مطلقا، وفي الرسالة: "لا بأس أن يشرب من/ لبن ما تصدق به. أبو الحسن: ظاهره خلاف المدونة، وفي المعونة: إلا أن يشرب من ألبان الغنم يسيرا أو يركب الفرس الذي جعله في السبيل وما أشبه ذلك مما يقل خطره، وقيل معنى ما في الرسالة إذا كان بحيث لا ثمن له، وقيل [يحمل[1070]] ما في الرسالة على ما ذكره ابن المواز، وقد تقدم. انتهى. يشير إلى قوله: قال ابن المواز: للرجل أن يأكل من لحم غنم تصدق بها على ابنه

66

الحديث

1- عن عبد الله بن عمر عن زيد بن ثابت، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أرخص لصاحب العرية أن يبيعها بخرصها الموطأ، كتاب البيوع، رقم الحديث 1307، دار الفكر 1994.

[1070] – في المطبوع محمل وما بين المعقوفين من ن ذي ص66 وم23 ويم28 ومايابى47 (وفي يحيى28 يحمل أي الرسالة).

نص خليل وَجَازَ شَرْطُ الثَّوَابِ وَلَزِمَ بِتَعْيِينِهِ وَصُدِّقَ وَاهِبٌ فِيهِ إنْ لَمْ يَشْهَدْ عُرْفٌ بِضِدِّهِ وَإِنْ لِعُرْسٍ وَهَلْ يَحْلِفُ أَوْ إنْ أَشْكَلَ تَأْوِيلاَنِ فِي غَيْرِ الْمَسْكُوكِ إلاَّ لِشَرْطٍ وَهِبَة أَحَدِ الزَّوْجَيْنِ لِلآخَرِ.

متن الحطاب ويشرب من لبنها ويكتسي من صوفها[1071] إذا رضي الولد، وكذلك الأم. محمد: وهذا في الولد الكبير، وأما الصغير فلا يفعل. قاله مالك. وإلى هذا أشار المصنف بقوله: "وهل إلا أن يرضى الابن الكبير بشرب اللبن تأويلان" إلا أن ظاهر كلام المصنف تخصيصه باللبن، وقد علمت أنه غير خاص به. والله أعلم.

ص: وجاز شرط الثواب ش: يعني أن الهبة تجوز بشرط الثواب، وسواء عين الواهب الثواب الذي يريد أم لا، أما إذا عينه فقالوا إنها جائزة وهي حينئذ من البيوع. قال في التوضيح: كما لو قال أهبها لك بمائة دينار ويشترط في ذلك شروط البيع.انتهى. ولم يذكروا في ذلك خلافا، وأما إن شرط الواهب الثواب ولم يعينه فأجاز ذلك ابن القاسم في المدونة، وقاله أصبغ ومنعه ابن الماجشون لأنه كبيع سلعة بقيمتها الباجي والأول أولى. انتهى. وقال ابن عرفة: وهبة الثواب عطية قصد بها عوض مالي، وفي شرطها بغير لفظ البيع قولان ذكرا في فصل شرط العوض فيها. انتهى.

قلت: كذا في النسخ التي رأيتها قولان ذكرا، والذي يظهر أن حق العبارة أن يقول قولان يذكران فإن فصل العوض متأخر عن كلامه هذا، والذي رأيته في كلامه بعد البحث عنه في مظانه من البيوع وغيرها قوله في فصل شرط العوض في هبة الثواب في أواخر كتاب الهبة وفي ترجمة بيع الغرر من المنتقى: لو قال بعتك السلعة بما شئت ثم سخط ما أعطاه قال ابن القاسم إن أعطاه القيمة لزمه. محمد: معناه إن فاتت، فحمله ابن القاسم على المكارمة كهبة الثواب، واعتبر محمد لفظ البيع. انتهى./ 67

ص: ولزم بتعيينه ش: يعني أن الموهوب له إذا عين الثواب لزمه تسليمه للواهب وليس له الرجوع فيه ولو لم يقبضه الواهب. قاله ابن شاس وابن الحاجب. قال في التوضيح: لأنه التزمه بتعيينه، ونقله ابن عرفة عن ابن شاس، وقال بعده: هذا ضروري [كبت[1072]] عقد الخيار. انتهى.

ص: في غير المسكوك ش: أي فلا ثواب فيه. قال في المدونة: ولو رأى أنه وهبه للثواب إلا بشرط وثوابه عرض أو طعام. نقله في التوضيح. ومثل المسكوك السبائك والحلي [المكسر[1073]] على الأصح، بخلاف الحلي الصحيح على الأصح.

ص: وهبة أحد الزوجين للآخر ش: وكذا الأب وولده. قال في المدونة: إلا أن يظهر ابتغاء الثواب بينهم. انتهى. فمسألة الزوجين والأقارب ليست كمسألة المسكوك ومسألة السبائك والحلي فإنه لا ثواب [فيهما،[1074]] ولو فهم ذلك بخلاف مسألة الزوجين فإنه إذا دلت القرينة على إرادة الثواب

الحديث ....

[1071] *- في المطبوع في وما بين المعقوفين من يم56 ويحيى374 وسيد10 وم23 ومايابى47.
[1072] *- في المطبوع كتب وما بين المعقوفين من ن ذي ص67. ومايابى48 ويم56.
[1073] - في المطبوع والمسكر وما بين المعقوفين من م23 ومايابى48.
[1074] - في المطبوع فهما وما بين المعقوفين من ن ذي وم23 ويحيى374 ويم56.

نص خليل وَلِقَادِمٍ عِنْدَ قُدُومِهِ وَإِنْ فَقِيرًا لِغَنِيٍّ وَلاَ يَأْخُذُ هِبَتَهُ وَإِنْ قَائِمَةً وَلَزِمَ وَاهِبَهَا لاَ الْمَوْهُوبَ لَهُ الْقِيمَةَ إِلاَّ لِفَوْتٍ بِزَيْدٍ أَوْ نَقْصٍ وَلَهُ مَنْعُهَا حَتَّى يَقْبِضَهُ وَأُثِيبَ مَا يُقْضَى عَنْهُ بِبَيْعٍ.

متن الحطاب حكم به، فهي إنما تخالف هبة الثواب بين الأجانب في كونها لا يحكم فيها بالثواب إلا بقرينة، وهبة الأجانب يحكم فيها بالثواب إلا إذا قامت القرينة على عدم الثواب.

ص: ولقادم ش: أطلق فيه رحمه الله وهو مقيد في المدونة وغيرها بما يهدى له من الطعام والفاكهة ونحو ذلك. والله أعلم.

مسألة في حكم هبة الطعام للثواب: قال في المدخل في آخر فصل آداب الأكل: وينبغي له أن يتحفظ من هذه العادة المذمومة التي أحدثت وهي أن يهدي أحد الأقارب أو الجيران طعاما فلا يمكن المهدى إليه أن يرد الوعاء فارغا حتى يرده بطعام، وكذلك المهدي إن رجع إليه الوعاء فارغا وجد على فاعل ذلك وكان سببا لترك المهاداة بينهما، ولسان العلم يمنع من ذلك كله لأنه يدخله بيع الطعام بالطعام [غير يد بيد،[1075]] ويدخله أيضا بيع الطعام بالطعام متفاضلا ويدخله الجهالة، فإن قيل ليس هذا من باب البياعات، وإنما هو من باب الهدايا وقد سومح فيها، فالجواب هو مسلم لو مشوا فيه على مقتضى الهدايا الشرعية، لكنهم يفعلون ضد ذلك لطلبهم العوض، فإن الدافع [يتشوف له[1076]] والمدفوع إليه يحرص على المكافأة، فخرج بالمشاحة من باب الهدايا إلى باب البياعات، وإذا كان كذلك فيعتبر فيه ما تقدم ذكره. انتهى. وانظر الأبي في كتاب الهبات. والله أعلم./ 68

ص: ولزم واهبها لا الموهوب له القيمة إلا لفوت بزيد أو نقص ش: يعني أن الواهب يلزمه قبول القيمة إذا دفعها الموهوب له، ولا يلزم الموهوب له دفع القيمة إلا أن تفوت الهبة عنده بزيادة أو نقصان.

تنبيه: لم يذكر المصنف بما يلزم الواهب قبول القيمة هل بمجرد الهبة، أو القبض؟ بل قد يتبادر أنه يلزمه قبول القيمة بمجرد عقد الهبة، وهو أحد الأقوال، والمشهور أنه يلزمه ذلك بقبض الموهوب. قاله في التوضيح، وقاله ابن عرفة.

فرع: إذا أثاب الموهوب له في هبة الثواب أكثر من القيمة، وامتنع الواهب أن يقبل إلا القيمة فليس له ذلك، ويجبر على أخذ ما أعطاه الموهوب. انظر المشذالي في آخر كتاب الهبات.

فائدة: قال في آخر مسائل الصدقة والهبة من البرزلي قبل آخرها بنحو الخمس ورقات: ابن عات عن الاستغناء: ليس على الفقهاء أن يشهدوا بين الناس، ولا أن يضيفوا أحدا ولا أن يكافؤا عن الهدايا، وحكى ذلك عن مالك، وكذا السلطان لا يكافىء ولا يكافأ، وقد ذكر المتيطي هذا عن سعد المعافري عن مالك في أول كتاب الشهادات. قال: ليس على الفقيه من مكافأة ولا ضيافة أحد ولا شهادة بين اثنين. انتهى. وقال ابن فرحون في الديباج المذهب فيمن اسمه سعيد وسعيد بن عبد الله بن سعد المعافري: أبو عمر: وقيل أبو محمد، وقيل أبو عثمان من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن

الحديث ....

[1075] *- في المطبوع يد ليد وما بين المعقوفين من يم56 وسيد10 ومايابى48 وم23.

[1076] *- في المطبوع يتشوق وما بين المعقوفين من مايابى 48 ويحيى374 ويم56.

نص خليل

وَإِن مُّعِيبًا إلاَّ كَحَطَبٍ فَلاَ يَلْزَمُهُ قَبُولُهُ وَلِلْمَأْذُونِ وَلِلأَبِ فِي مَالِ وَلَدِهِ الْهِبَةُ لِلثَّوَابِ وَإِنْ قَالَ دَارِي صَدَقَةٌ بِيَمِينٍ مُطْلَقًا أَوْ بِغَيْرِهَا وَلَمْ يُعَيِّنْ لَمْ يُقْضَ عَلَيْهِ بِخِلاَفِ الْمُعَيَّنِ وَفِي مَسْجِدٍ مُعَيَّنٍ قَوْلاَنِ وَقُضِيَ بَيْنَ مُسْلِمٍ وَذِمِّيٍّ فِيهَا بِحُكْمِنَا.

متن الحطاب

القاسم وأشهب وابن وهب وغيرهم، وبه تفقه ابن وهب وابن القاسم، وهو ثقة فاضل مأمون توفي بالإسكندرية سنة ثلاث وسبعين ومائة.

مسألة: ذكر سعد هذا عن مالك قال ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين. انتهى. والظاهر أن ذكره فيمن اسمه سعيد سهو، فإن كلام المتيطي المتقدم وكلام أبي الحسن وكلام المدارك أنه سعد، بل في آخر كلام ابن فرحون المذكور أنه سعد حيث قال: مسألة ذكر سعد، ونص كلام أبي الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق جنينا في بطن أمه لما ذكر قول مالك أنها تباع في الدين، سواء كان الدين قبل العتق أو بعده ما نصه: وخالف سعد المعافري شيخه فقال لا تباع حتى تضع إذا كان الدين لاحقا. انتهى. وقال في المدارك في ترجمته: أبو محمد، وقيل أبو عثمان سعد بن عبد الله المعافري من كبار أصحاب مالك سمع منه ابن القاسم وأشهب وابن وهب وابن بكير، وهو الرابع عشر من الطبقة الأولى من أصحاب مالك المصريين، وقال في آخر ترجمته: قال سعد عن مالك ليس على الفقيه ضيافة ولا مكافأة؛ يريد عن هدية ولا شهادة بين اثنين. انتهى. وفي بعض نسخ المدارك إسقاط المعافري، واستفيد من النصوص المذكورة أنه معافري، والمعافري بفتح الميم وكسر الفاء نسبة إلى المعافر بن يعفر بن مالك. قال ابن الأثير في كتاب الأنساب: ينسب إليه أكثر عامتهم بمصر. انتهى. وقد أنشدني بعض أصحابنا عن الشيخ العلامة ابن غازي عن شيخه الإمام القدوة أبي عبد الله محمد القوري أنه أنشده لما تكلم معه في هذه المسألة ما نصه:

ليس على الفقيه من [ضيافات[1077]] ولا شهادة ولا [مكافات[1078]]

ذكر ذا نصا عن المدارك عن سعد المعافري عن مالك

والله تعالى أعلم.

فائدة: قال في تخريج أحاديث الإحياء حديث: {من أهدي له هدية وعنده قوم فهم شركاؤه فيها} العقيلي وابن حبان في الضعفاء والطبراني في الأوسط والبيهقي[1] من حديث ابن عباس. قال العقيلي: لا يصح في هذا المتن حديث./

69

ص: وإن معيبا ش: هو من العيب كما قال ابن غازي وعكسه في المدونة أيضا. قال في كتاب الهبات منها: وإذا وجد الموهوب له بالهبة عيبا فله [ردها[1079]] وأخذ العوض، ثم قال: وإن وجد الواهب

الحديث

1- البيهقي في سننه الكبرى، كتاب الهبات، ص183، بلفظ من أهديت له هدية وعنده ناس فهم شركاء فيها.

1077 - في المطبوع ضيافه ومايابى49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 63.

1078 - في المطبوع وم23 مكافه ومايابى49 وما بين المعقوفين من ن عدود ص68. وعلق عليه الشيخ محمد سالم عدود بـ الأصل أن تكتب بالهاء ولوقوعها رويا حسن خطها بالتاء كما في قوله: الله انجاك بكفي مسلمت.

1079 *- في المطبوع رده وميابى49 ويم57 وم23 والمثبت من يحيى375.

نص خليل **باب اللقَطَةُ مَالٌ مَعْصُومٌ عَرَضَ لِلضَّيَاعِ وَإِنْ كَلْبًا وَفَرَسًا وَحِمَارًا.**

متن الحطاب إلى آخر ما ذكره ابن غازي، وانظر أبا الحسن الصغير، وانظر المنتقى في الكلام على الرد بالعيب فإنه ذكر فيه حكم ما إذا اطلع في هبة الثواب على عيب هل يرده؟ والله أعلم.

ص: [كتاب اللقطة ش: [1080]] كلام الشارح في ضبطها فيه خلل وهي بضم اللام وفتح القاف. هكذا ضبطها الأكثر، وعليه استعمال الفقهاء، وهو خلاف القياس، وبعضهم أنكر فتح القاف، وزعم أنها بالسكون على الأصل، وبعضهم رواها بالوجهين منهم ابن الأثير وقال الفتح أصح، ومنهم ابن العربي وقال السكون أولى. والله أعلم.

ص: مال معصوم عرض للضياع ش: الظاهر أن ضالة الإبل داخلة في هذا التعريف وهي ليست لقطة، وكذلك الآبق، وقال في الذخيرة: لا يسمى لقطة ولا تجري عليه أحكام اللقطة، ولذا حدها ابن عرفة بأنها مال وجد بغير حرز محترما ليس حيوانا ناطقا ولا نعما، فيخرج الركاز وما بأرض الحرب، وتدخل الدجاجة وحمام الدور لا السمكة تقع في السفينة وهي لمن وقعت إليه. قاله ابن عات عن الشعباني، والأظهر في السمكة إن كانت بحيث لو لم يأخذها من سقطت إليه نجت بنفسها لقوة حركتها وقرب محل سقوطها في ماء البحر فهو كما قال ابن شعبان في زاهيه، وإلا فهي لرب السفينة، واعلم أن حده غير مانع لدخول التمر المعلق فيه وليس لقطة، فقول الجماعة معرض للضياع أحسن فتأمله. والله أعلم. وحد الالتقاط قال ابن عرفة: هو أخذ مال ضائع ليعرفه سنة ثم يتصدق به أو يتملكه إن لم يظهر مالكه بشرط الضمان إذا ظهر المالك. انتهى.

ص: وفرسا وحمارا ش: يريد وغير ذلك مما [تصح[1081]] لقطته. قال في لقطتها: ومن التقط دنانير أو دراهم أو حليا مصوغا أو عروضا أو شيئا من متاع أهل الإسلام فليعرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا لم آمره بأكلها، كثرت أو قلت، درهما فصاعدا إلا أن يحب [بعد السنة[1082]] أن يتصدق بها، ويخير صاحبها إن جاء أن يكون له ثوابها أو يغرمها له فعل. وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. وقوله: "وليعرفها سنة" يأتي الكلام عليه في محله، وكذا لم آمره بأكلها، وفي كتاب الضحايا من المدونة: ولا يصاد حمام الأبرجة، ومن صاد منها شيئا رده أو عرف به إن لم يعرف ربه ولا يأكله،

70 وإن دخل حمام برج لرجل في برج لآخر ردها إلى ربها إن قدر، وإلا فلا/ شيء عليه، ومن وضع أجباحا في جبل فله ما دخلها من النحل، ومن صاد طائرا في رجليه سباقان أو ظبيا في أذنيه قرطان أو في عنقه قلادة عرف بذلك، ثم ينظر فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع ولا توحش رده وما وجد عليه لربه، وإن كان هروبه هروب انقطاع وتوحش فالصيد خاصة لصائده دون ما عليه، فإن قال ربه ند مني منذ يومين، وقال الصائد لا أدري متى ند منك، فعلى ربه البينة والصائد مصدق. انتهى. وانظر قوله فإن كان هروبه ليس بهروب انقطاع إلى آخره فهل يجب تعريفه في هذه الصورة كاللقطة؟ وهو الظاهر فتأمله. وقال في آخر كتاب الجامع من البيان: ما أوى إلى برج الرجل من حمام برج غيره فلم يعرفه بعينه أو عرفه ولم يقدر على أخذه فلا بأس عليه فيه وإن عرف صاحبه. هذا ما لا اختلاف

الحديث ....

[1080] – علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا ترجمة في مطبوعة المواق والحطاب كتاب اللقط وأصل لفظ المتن بابٌ اللقطة.

[1081] – في المطبوع يصح وما بين المعقوفين من م24.

[1082] – ساقطة من المطبوع والمخطوطات وما بين المعقوفين من التهذيب، ج4 ص373.

نص خليل

وَرُدَّ بِمَعْرِفَةِ مَشْدُودٍ فِيهِ وَبِهِ وَعَدَدِهِ بِلاَ يَمِينٍ وَقُضِيَ لَهُ عَلَى ذِي الْعَدَدِ وَالْوَزْنِ وَإِنْ وَصَفَ ثَانٍ وَصْفَ أَوَّلَ وَلَمْ يَبِنْ بِهَا حَلَفَا وَقُسِمَتْ كَبَيِّنَتَيْنِ لَمْ يُؤَرَّخَا وَإِلاَّ فَلِلأَقْدَمِ وَلاَ ضَمَانَ عَلَى دَافِعٍ بِوَصْفٍ وَإِنْ قَامَتْ بَيِّنَة لِغَيْرِهِ وَاسْتُؤْنِيَ بِالْوَاحِدَةِ إِنْ جَهِلَ غَيْرَهَا لاَ غَلِطَ عَلَى الأَظْهَرِ وَلَمْ يَضُرَّ جَهْلُهُ بِقَدْرِهِ.

متن الحطاب

فيه أعلمه، واختلف إذا علمه وقدر على أخذه ولم يعرف صاحبه، وظاهر قوله في هذه الرواية أنه لا شيء عليه فيه، وهو دليل قول ابن كنانة، ونص قول ابن حبيب في الواضحة: وقد قيل إنه يعرفه كاللقطة ولا يأكله، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم، حكى فضل عنه أنه قال لا ينصب لشيء من حمام الأبرجة ولا يرمى، ومن صاد منه شيئا فعليه أن يرده أو يعرفه ولا يأكله، وحكم أفراخها إذا عرف عشها حكم ما عرفه وقدر على أخذه، فإن عرف صاحبه رده إليه، وإن لم يعرفه فعلى ما تقدم من الاختلاف. انتهى. وانظر ما حكاه عن فضل فإنه نص المدونة، وهذا ما تيسر جمعه الآن. والله أعلم.

ص: ورد بمعرفة مشدود فيه وبه ش: قال ابن الحاجب: ويجب ردها بالبينة أو بالإخبار بصفتها من نحو عفاصها ووكائها وهما المشدود فيه وبه. قال في التوضيح: أما ردها بالبينة فلا خلاف فيه، ويجب أيضا ردها عندنا بالإخبار بصفتها من نحو العفاص والوكاء للحديث[1]، ثم فسرهما بقوله: "وهما المشدود فيه وبه" فالأول للأول، والثاني للثاني، وهذا هو المعلوم في اللغة، وعليه أكثر الفقهاء، بل نقل صاحب الاستذكار الإجماع عليه، ونقل الباجي عن أشهب عكسه والوكاء ممدود، وقيل مقصور؛ قيل وهو غلط، وأشار بقوله: "نحو عفاصها" إلى أن ما لا عفاص له ولا وكاء من اللقطة يدفع بالإخبار بصفاته الخاصة المحصلة للظن. انتهى. ثم قال ابن الحاجب: وفي اعتبار عدد الدنانير والدراهم قولان.

قال في التوضيح: القول الأول باعتباره لابن القاسم، والأخير لأصبغ، والأول أظهر. ثم قال ابن الحاجب: ويكتفي ببعض الصفات المغلبة للظن على الأصح، ويُستأنى في الواحدة. قال في التوضيح: أي يكتفى ببعض الصفات [اثنتين[1083]] فصاعدا دل على ذلك قوله: "ويستأنى في الواحدة" والأصح لأشهب قال: إن عرف وصفين ولم يعرف الثالث دفع له، ومقابله لابن عبد الحكم قال: لو وصف تسعة أعشار الصفة وأخطأ العشر لم يعطها إلا في معنى واحد أن يذكر عددا فيصاب أقل منه لاحتمال أن يكون قد اغتيل فيه. انتهى. / وهذا أيضا يستفاد من قول المصنف بعد: "واستؤني في الواحدة" إن جهل غيرها لا غلط على الأظهر، وفي الشامل: ودفع لمن عرف وصفين دون ثالث، وقيل إن أخطأ واحدا من عشرة لم يعطه إلا في عدد يوجد أقل، ولو عرف واحدا من عفاص ووكاء فثالثها الأظهر لا شيء له إن غلط في الآخر، واستؤني به في الجهل ولو أخطأ في وصفه ثم أصاب لم يعطه، ولا يضره الغلط في زيادة العدد إن عرف العفاص والوكاء، وفي نقصه قولان. انتهى.

71

مسألة: قال في النوادر باب في الصبي الصغير تدعي أمه أنه التقط دنانير: ومن كتاب سحنون وكتب شجرة إلى سحنون في امرأة أتت بابن لها صغير معه أربعة دنانير، فزعمت أنه التقطها من الطريق في

الحديث

1 – عن زيد بن خالد رضي الله عنه قال جاء رجل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأله عن اللقطة فقال أعرف عفاصها ووكاءها ثم عرفها سنة فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها قال فضالة الغنم قال هي لك أو لأخيك أو للذيب قال فضالة الإبل قال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يلقاها ربها. البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2429، ط. دار إحياء التراث العربي، ومسلم في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 1722.

1083 *- في المطبوع اثنين وميابى50 والمثبت من م24.

نص خليل: وَوَجَبَ أَخْذُهُ لِخَوْفِ خَائِنٍ لاَ إِنْ عَلِمَ خِيَانَتَهُ هُوَ فَيَحْرُمُ وَإِلاَّ كُرِهَ عَلَى الأَحْسَنِ.

متن الحطاب

غير صرة فرفعتها على أيدي أناس، فأتى من ادعاها ووصف سكة بعض الدنانير ولم يصف البعض فكتب إليه: الأم مقرة بأن الصبي أصابها فليس لها أن تقر على غيرها فأرى الدنانير للصبي، وما كان من لقطة معروفة فوصف المدعي لها بعضا ولم يصف بعضا فلا شيء له.

ص: ووجب أخذه لخوف خائن إلى قوله على الأحسن ش: حاصل ما ذكره المؤلف أنه إن خاف عليها أن يأخذها خائن وجب عليه الالتقاط إلا أن يعلم من نفسه هو الخيانة فيحرم، سواء خشي عليها أن يأخذها خائن أو لم يخش، وإلا كره؛ أي وإن لم يخف عليها خائنا ولا علم من نفسه الخيانة فيكره له الالتقاط على الأحسن. هذا حل كلامه وفيه أبحاث الأول كلامه يقتضي أنه إذا لم يتحقق من نفسه الأمانة ولا الخيانة وخاف عليها الخونة وجب عليه الالتقاط، وهو مخالف لما قاله ابن الحاجب، وقرره المصنف في التوضيح من أن الذي لا يتحقق من نفسه يكره له الالتقاط، وإنما جعل وجوب الالتقاط إذا تحقق من نفسه الأمانة وخاف عليها الخونة فتأمل ذلك. الثاني: نقل في التوضيح في القسم المكروه في كلام المؤلف الذي فيه الأحسن، ومقابله وهو ما إذا لم يخف عليها الخيانة وعلم من نفسه الأمانة أن ابن رشد قيد الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، فإن كان غير عدل فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وكذا قيد قسم الوجوب؛ وهي ما إذا كانت بين قوم غير مأمونين بكون الإمام عدلا لا يخشى أن يأخذها إذا علم بها بتعريفه إياها. قاله في المقدمات. أما إذا كان غير عدل فقال يخير بين أخذها وتركها بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الطرفين فتأمله. ونص كلام التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: والالتقاط حرام على من يعلم خيانة نفسه ومكروه للخائف، وفي المأمون الكراهة، والاستحباب فيما له بال، والوجوب إذا خاف عليها الخونة؛ يعني أن حكم اللقطة يختلف بحسب حال الملتقط، وجعل -يعني ابن الحاجب- الأقسام ثلاثة:

أولها أن يعلم من نفسه الخيانة فيكون التقاطها عليه حراما، وثانيها أن يخاف أن يستفزه الشيطان ولا يتحقق فيكون مكروها، وثالثها أن يثق بأمانة نفسه وقسم هذا إلى قسمين:

الأول: أن يكون بين ناس لا بأس بهم ولا يخاف عليها الخونة، والثاني أن يخافهم فإن خافهم وجب الالتقاط وحكى عليه الاتفاق وإن لم يخف فثلاثة أقوال لمالك الاستحباب والكراهة والاستحباب فيما له بال، وقيد ابن رشد هذا الخلاف بأن يكون الإمام عدلا، وإن كان غير عدل وكانت بين قوم مأمونين فالاختيار أن لا يأخذها اتفاقا، وإن كانت بين قوم غير مأمونين/ فيخير بين أخذها وتركها. 72 انتهى. وزاد في المقدمات وذلك بحسب ما يغلب على ظنه من أحد الخوفين. انتهى. فهذا الأخير تقييد لما أطلقه المصنف في نقل قسم الوجوب، بل نقل القرافي عن اللخمي أنه يحرم أخذها إذا كان الإمام غير مأمون إذا أنشدت أخذها. انتهى. الثالث قوله على الأحسن فيه ترجيح القول بالكراهة، وهو الذي اقتصر عليه في الشامل.

تنبيهات: الأول: قال في المقدمات بعد أن ذكر الأقوال الثلاثة: وما قيدها به وهو أيضا أعني هذا الاختلاف فيما عدا لقطة الحاج لنهي رسول الله صلى الله عليه وسلم عنها[1]، ومعنى نهيه عنها مخافة أن لا يجدها ربها لتفرق الحاج في بلدانهم المختلفة فتبقى في ضمانه، فلا ينبغي لأحد أن يلتقط لقطة

الحديث

1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضاهها ولا يُنفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يختلى خلاها فقال عباس يا رسول الله إلا الإذخر فقال إلا الإذخر، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 2433.

نص خليل وَتَعْرِيفُهُ سَنَةً وَلَوْ كَدَلْوٍ لاَ تَافِهًا بِمَظَانِّ طَلَبِهَا.

متن الحطاب الحاج للنهي الوارد في ذلك عن النبي عليه السلام[1]، فإن التقطها وجب عليه من تعريفها ما يجب في سواها. انتهى. وهذا -والله أعلم- في غير المحل الذي يجب فيه الالتقاط بل صريح كلامه أنه في غير محل الوجوب؛ لأنه تقييد للثلاثة الأقوال؛ وهي إنما هي في غير قسم الوجوب فهي داخلة في قول المؤلف: "وإلا كره" إلا أن الكراهة فيها أقوى. فتأمله. والله أعلم.

التنبيه الثاني: قال ابن عبد السلام بعد أن حكى الأقوال الثلاثة: والأظهر إن كان مع القدرة على الحفظ أن يجب الالتقاط، ولا يعد علمه بخيانة نفسه مانعا وأحرى خوفه ذلك؛ لأنه يجب عليه ترك الخيانة والحفظ للمال المعصوم، وقصارى الأمر أن من يأمن على نفسه الخيانة فقد توجه عليه الخطاب بالحفظ وحده، ومن يعلم من نفسه الخيانة وجب عليه أمران الحفظ وترك الخيانة، وبعد تسليم هذا فالأظهر من الأقوال الثلاثة الاستحباب أو الوجوب،لو قيل به لوجوب إعانة المسلم عند الحاجة والقدرة على الإعانة. انتهى وكلامه حسن رحمه الله.

التنبيه الثالث: قال في الذخيرة: كل فعل واجب أو مندوب لا تتكرر مصلحته بتكرره كإنقاذ الغريق أو إزاحة الأذى عن الطريق فهو على الكفاية، وما تتكرر مصلحته بتكرره فهو على الأعيان كالصلاة والصوم، وقد تقدم بسط هذه القاعدة في مقدمة هذا الديوان، فعلى هذا يتجه الأخذ ووجوبه عند تعين هلاك المال وعند تعين الهلاك بين الأمناء يكون فرضا على الكفاية إذا خافوا غيرهم على اللقطة، ومندوبا في حق هذا المعين بخصوصه كما قلت في صلاة الجنازة وغيرها أصلها فرض على الكفاية، وفعل هذا المصلي المخصوص يندب ابتداء، فإذا شرع اتصف بالوجوب. انتهى فتأمله.

ص: وتعريفه سنة الخ ش: تصوره واضح.

تنبيهات: الأول: يجب التعريف عقب الالتقاط. قال ابن الحاجب: ويجب تعريفها سنة عقيبه. قال في التوضيح: أي عقب الالتقاط، وظاهره لو أخر التعريف يضمن، وفي اللخمي إن أمسكها سنة ولم يعرفها ثم عرفها فهلكت ضمنها.انتهى. وينبغي أن لا يتقيد بالسنة. اهـ. وقال ابن عبد السلام: والضمير من قوله عقيبه راجع إلى الالتقاط المفهوم من السياق، ولا يؤخر التعريف؛ فإن ذلك داعية إلى إياس ربها فلا يتعرض إلى طلبها، فإن ترك تعريفها حتى طال ضمنها، كذا قال بعض الشيوخ نقلت كلامه على ما فهمت. انتهى. وفي معين الحكام: / فرع: وإذا أمسك الملتقط اللقطة سنة ولم يعرفها، ثم عرفها في الثانية فهلكت ضمنها، وكذلك إن هلكت في السنة الأولى ضمنها إذا تبين أن صاحبها من الموضع الذي وجدت فيه، وإن كان من غيره فغاب بقرب ضياعها ولم يقدم في الوقت الذي ضاعت فيه لم يضمن. انتهى. 73

الثاني: قوله: "لا تافها" مقابل لقوله: تعريفه لا بقيد السنة، ويعني أن التافه لا يعرف ولم يقل له أكله لأن إباحة الأكل لا تنافي [سقوط[1084]] الضمان كالكثير بعد السنة بخلاف عدم التعريف فإنه مناف للضمان، ونحوه لابن عبد السلام.

الحديث 1- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يعضد عضاهها ولا ينفر صيدها، ولا تحل لقطتها إلا لمنشد ولا يختلى خلاها، البخاري في صحيحه، كتاب اللقطة، رقم الحديث 2433، دار الفجر للتراث 2005.

1084 – علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب سقوط كلمة سقوط.

نص خليل

بِكَبَابِ مَسْجِدٍ فِي كُلِّ يَوْمَيْنِ أَوْ ثَلاَثَةٍ بِنَفْسِهِ أَوْ بِمَنْ يَثِقُ بِهِ أَوْ بِأَجْرَةٍ مِنْهَا إنْ لَمْ يُعَرِّفْ مِثْلُهُ وَبِالْبَلَدَيْنِ إنْ وُجِدَتْ بَيْنَهُمَا وَلاَ يَذْكُرُ جِنْسَهَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَدُفِعَتْ لِحَبْرٍ إنْ وُجِدَتْ بِقَرْيَةِ ذِمَّةٍ وَلَهُ حَبْسُهَا بَعْدَهُ.

متن الحطاب

الثالث: جزم المؤلف بأن الكثير وما دونه من فوق التافه يعرف لسنة أما الكثير فلا خلاف فيه، وأما ما دون الكثير وفوق التافه، وهو المشار إليه بقوله: "كدلو" فحكى ابن الحاجب فيه قولين تعريفه سنة وتعريفه أياما مظنة طلبه، ورجح في التوضيح [الثاني، [1085]] ونصه: قال ابن الحاجب: وأما ما فوقه من نحو [مخلاة[1086]] ودلو فقيل يعرف أياما مظنة طلبه، وقيل سنة كالكثير. قوله فوقه أي فوق التافه ودون الكثير مما يشح به صاحبه ويطلبه. ابن رشد: ولا خلاف في وجوب تعريفه إلا أنه يختلف في حده فقيل سنة كالذي له بال، وهو ظاهر رواية ابن القاسم في المدونة، وقيل لا يبلغ به الحول وهو قول ابن القاسم من رأيه في المدونة أيضا ورواية عيسى عن ابن وهب في العتبية في مثل الدريهمات و [الدينار[1087]] أنه يعرف ذلك أياما. ابن عبد السلام: وتأول المدونة بعضهم على القول الأول من كلام المصنف وهو الذي عليه الأكثر من أهل المذهب وغيرهم. انتهي. فترك المؤلف القول الذي عليه الأكثر.

ص: **بكباب مسجد** ش: قال في المدونة: وتعرف اللقطة حيث وجدها وعلى أبواب المساجد وحيث يظن أن ربها هناك أو خبره. انتهى. وفي سماع أشهب من كتاب اللقطة وسألته يعني مالكا عن تعريف اللقطة في المساجد فقال لا أحب رفع الصوت في المساجد، وقد بلغني أن عمر بن الخطاب أمر أن تعرف اللقطة على أبواب المساجد وأحب إلي أن لا تعرف في المساجد ولو مشى هذا إلى الخلق في المساجد يخبرهم بالذي وجد ولا يرفع صوته لم أر بذلك بأسا. انتهى. وقال ابن الحاجب في الجوامع والمساجد: قال في التوضيح: ظاهره أن التعريف يكون فيها، ولعل ذلك مع خفض الصوت، ويحتمل أن يكون على حذف مضاف أي في باب الجوامع والمساجد وهو أحسن؛ لأنه كذلك في المدونة وغيرها وللحديث. انتهى. وفي التمهيد: التعريف عند جماعة الفقهاء فيما علمت لا يكون إلا في الأسواق وأبواب المساجد ومواضع العامة واجتماع الناس. انتهى.

ص: **أو بمن يثق به** ش: ابن عبد السلام: ولا ضمان عليه إن ضاعت إذا دفعها إلى مثله في الأمانة انتهى. قاله في شرح قول ابن الحاجب وهي أمانة.

تنبيه: ويخير في دفعها إلى الإمام إن كان عدلا. قاله في المدونة ونقله في التوضيح.

ص: **ودفعت لحبر إن وجدت بقرية ذمة** ش: هذه المسألة في سماع موسى من كتاب اللقطة، ونصه:/وسئل مالك عن اللقطة توجد في قرية ليس فيها إلا أهل الذمة فقال تدفع إلى أحبارهم. قال ابن رشد: هذا قول فيه نظر؛ إذ في الإمكان أن تكون لمسلم، وإن كانت وجدت بين أهل الذمة فكان

74

الحديث

....

[1085] – سقط من المطبوع ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص24 ومايابى52.

[1086] *– في المطبوع محلات وما بين المعقوفين من سيد11 ومايابى52.

[1087] – في المطبوع والدنانير ويم ص31 وما بين المعقوفين من ن عدود ص73 ويحيى ص31 و م ص25 ومايابى52.

نص خليل أَوِ التَّصَدُّقُ أَوِ التَّمَلُّكُ وَلَوْ بِمَكَّةَ ضَامِنًا فِيهِمَا.

متن الحطاب الاحتياط أن لا تدفع إلى أحبارهم إلا بعد التعريف بها استحسانا لغلبة الظن أنها لهم على غير قياس، فإذا دفعت إليهم بعد التعريف لها، ثم جاء صاحبها غرموها له، وإنما كان يلزم أن تدفع ابتداء إلى أحبارهم لو تحقق أنها لأهل الذمة بيقين لا شك فيه مع أنهم يقولون إن من ديننا أن يكون حكم لقطة أهل ملتنا مصروفا إلينا، وأما إذا لم يتحقق ذلك فكان القياس أن لا تدفع إلى أحبارهم وتكون موقوفة أبدا. وبالله التوفيق. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: أو التصدق ش: قال في الطراز في باب إخراج زكاة الفطر في السفر في تعليل المسألة: ولأنا نجوز للملتقط أن يتصدق باللقطة عن ربها ثم إنه إذا علم بها بعد ذلك ورضي جاز. انتهى. فهذا هو المراد بالتصدق أن يتصدق بها عن ربها، وأما تصدقه بها عن نفسه فهو داخل في تملكه إياها. والله أعلم.

تنبيه: قال في المدونة: وأكره أن يتصدق بها قبل السنة إلا أن يكون الشيء التافه. انتهى. قال أبو الحسن: الكراهة هنا على المنع لأن الشرع لم يأذن له. انتهى.

ص: أو التملك ولو بمكة ش: تصوره واضح. وعبارة ابن رشد قوية؛ إذ قال بعد أن حكى الخلاف في تملك اللقطة: وهذا الاختلاف إنما هو فيما عدا لقطة مكة، فأما مكة فقد ورد النص فيها أنها لا تحل لقطتها إلا لمنشد، فلا يحل له استنفاقها بإجماع، وعليه أن يعرفها أبدا وإن طال زمانها.انتهى. فتأمله فإنه مشكل. والله أعلم. وفي الإكمال عن المازري عن مالك أن حكم اللقطة في سائر البلاد حكم واحد وعند الشافعي أن لقطة مكة بخلاف غيرها. انتهى من كتاب الحج.

تنبيه: قال النووي في شرح مسلم: وفي جميع أحاديث الباب دليل على أن التقاط اللقطة وتملكها لا يفتقر إلى حكم حاكم ولا إذن سلطان، وهذا مجمع عليه وفيها أنه لا فرق بين الغني والفقير وهذا مذهبنا ومذهب الجمهور. والله أعلم. انتهى. وفي التمهيد: أجمعوا على أن للفقير أن يأكلها بعد الحول وعليه الضمان، واختلفوا في الغني فقال مالك أحب أن يتصدق بها بعد الحول ويضمنها، وقال ابن وهب: قلت [لمالك ما شأنه بها؟ قال: [1088]] إن شاء أمسكها وإن شاء تصدق بها وإن شاء استنفقها وإن [جاء[1089]] صاحبها أداها إليه، وقال الشافعي يأكل اللقطة الغني والفقير بعد حول، وهذا تحصيل مذهب مالك وقوله. انتهى.

مسألة: قال في سماع ابن القاسم من كتاب اللقطة: وسئل مالك عن اللقطة يجدها الرجل فيعرفها سنة فلا يجد صاحبها فيستنفقها ثم يحضره الوفاة فيوصي بها ويترك دينا عليه ولا وفاء له كيف ترى؟ قال: أرى أن يحاص الغرماء بها أهل الدين بقدر ما يصيبها. ابن رشد: هذا كما قال؛ لأن إقرار المديان بالدين عند مالك جائز لمن لا يتهم عليه كان إقراره في صحته أو مرضه، وإنما يفترق عند الصحة من المرض في رهنه وقضاء بعض غرمائه/ دون بعض وفي إقراره بالدين لمن يتهم عليه فلا يجوز شيء من ذلك في المرض، واختلف قوله في جواز ذلك في الصحة فمرة أجاز ذلك، ومرة لم يجزه، ومرة فرق فأجاز الرهن والقضاء ولم يجز الإقرار ومرة أجاز القضاء خاصة ولم يجز الرهن ولا الإقرار، وأما إن أقر

75

الحديث ....

[1088] *- في المطبوع لمالك وما بين المعقوفين من يحيى378 وسيد11 وم25 ومايابى53.

[1089] - في المطبوع شاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص74 ويحيى ص32 و م ص25 ويم ص31 ومايابى53.

نص خليل كَنِيَّةِ أَخْذِهَا قَبْلَهَا.

متن الحطاب أنه استنفق اللقطة ولا دين عليه ولم يقم بذلك عليه حتى مات فإن كان إقراره بذلك في صحته جاز ذلك من رأس ماله على ورثته، وإن كان إقراره في مرضه فإن كان يورث بولد جاز إقراره من رأس [المال أوصى[1090]] أن يتصدق بها عن صاحبها أو توقف له، واختلف إن كان يورث بكلالة فقيل إنه إن أوصى أن توقف وتحبس حتى يأتي صاحبها جازت من رأس المال، وإن أوصى أن يتصدق بها عنه لم يقبل قوله ولم تخرج من رأس المال ولا من الثلث، وقيل إنه يكون من الثلث، وقيل إنه إن كانت يسيرة جازت من رأس المال، وإن كانت كثيرة لم تكن في رأس المال ولا ثلث. انتهى. وفي سماع عبد الملك من ابن وهب: قال عبد الملك سألت ابن وهب عن اللقطة يجدها الرجل فيستنفقها بعد السنة [يقوم[1091]] عليه الغرماء ولم يأت صاحبها أترى أن يحاص بها الغرماء؟ قال: نعم أرى للسلطان أن يحاص بها الغرماء، وسألت أشهب فقال لي مثله إلا أنه لم يذكر السلطان. ابن رشد: ليس سكوت أشهب عن ذكر السلطان في هذا مخالفا لما قاله ابن وهب؛ لأن السلطان هو الناظر فيها لصاحب اللقطة لكونه في منزلة الغائب إذ لا يعرف، ومعنى ذلك إذا علم إقراره باستنفاقه قبل أن يقوم عليه الغرماء؛ [إذ[1092]] لا يجوز إقرار المفلس بعد التفليس لمعين معلوم فكيف لغائب مجهول. انتهى.

مسألة من كتاب اللقطة في سماع ابن القاسم: وسئل مالك عن رجل دخل حانوت رجل بزاز ليشتري منه ثوبا ثم خرج منه، فاتبعه صاحب الحانوت فقال يا أبا عبد الله هذا دينار وجدته في حانوتي ولم يدخل علي اليوم أحد غيرك، [فعد[1093]] الرجل فافتقد دينارا منها أترى أن يأخذه؟ فقال مالك: لا أدري، هو أعلم بيقينه إن استيقن أنه ديناره فليأخذه. قيل له التاجر يقول لم يدخل علي اليوم غيرك وقد افتقد الرجل من نفقته دينارا قال: إن استيقن أنه له فليأخذه. قال ابن رشد: في قوله إن استيقن فليأخذه دليل على أنه لا يأخذه إلا إن استيقن أنه له بزيادة على ما ذكره يحصل له بها اليقين أنه له وهذا على سبيل التورع والنهاية فيه أنه إذا لم يعترضه شك في أنه له فأخذه له سائغ حلال؛ لأن الغالب على ظنه أنه له؛ إذ قد افتقد دينارا، ولو لم يعلم عدد نفقته لساغ له عندي أن يأخذه؛ لقول صاحب الحانوت إنه لم يدخل علي اليوم أحد غيرك، وإن كان التورع من أخذه أولى وأحسن، وكذلك لو قال له صاحب الحانوت هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت فعد الرجل نفقته فافتقد دينارا، وأما لو قال له هذا الدينار وجدته في مكانك بعد خروجك، ولا أدري هل هو لك أو لغيرك ممن دخل الحانوت، والرجل لا يعلم عدد نفقته لما ساغ له أن يأخذه بالشك. وبالله التوفيق.

ص: كنية أخذها قبلها ش: قال الشارح بهرام في الوسط: يعني أن الملتقط إذا نوى قبل السنة أكل اللقطة فإنه يضمنها يريد إذا ضاعت عنده، وظاهره أنه يضمن بمجرد النية وفيه نظر، فإن أبا الحسن الصغير قال المشهور أن النية بمجردها لا توجب شيئا إلا أن يقارنها فعل. انتهى. وما نقله عن أبي

الحديث ....

[1090] – في المطبوع ويم ص31 و م ص 26 وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 ومايابى54.

[1091] – في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م ص26.

[1092] – في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص75 ويحيى ص32 و م ص26 ويم31 ومايابى54.

[1093] *– في المطبوع فعمد والمثبت يحيى378 وم26 وميابى5و4 ويم60.

نص خليل ....

متن الحطاب

الحسن فليس هو في هذه المسألة إنما قاله في شرح قوله في المدونة: ومن التقط لقطة فبعد أن حازها وبان بها ردها بموضعها أو بغيره ضمنها، فأما إن ردها في موضعها مكانه ساعته كمن مر في أثر رجل فوجد شيئا فأخذه وصاح به أهذا لك؟ فيقول لا فتركه فلا شيء عليه، وقاله مالك في واجد الكساء بإثر رفقة فأخذه وصاح أهذا لكم فقالوا لا فرده قال: قد أحسن في رده ولا يضمن.

76 قال أبو الحسن: قوله ليعرفها انظر هل تعريفا عاما الذي هو السنة أو تعريفا خاصا/ كواجد الكساء؟ عياض: اختلف تأويل الشيوخ على كلام ابن القاسم فقيل إن الثانية بخلاف الأولى، وإنه ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها، والثانية لم يأخذها بنية التعريف فالقرب والبعد سواء في ذلك، وحكى ذلك عبد الوهاب، وتأول آخرون أن مذهب ابن القاسم أنه لا يضمن إذا ردها بالقرب؛ يعني إذا أخذها بنية التعريف، وإليه نحا اللخمي، فحاصله أن قوله من أخذ لقطة المسألة، وقوله فأما إن ردها في موضعها مكانه اختلف في تأويله فذهب بعض الشيوخ إلى أنه إنما ضمنها[1094] في الأولى إذا لم يردها بالقرب؛ لقولها: فبعد أن حازها وبان بها ولم يضمنه في الثانية لأنه ردها بالقرب، وهذا تأويل اللخمي، وذهب غيره إلى أنه إنما ضمنه في الأولى لأنه أخذها بنية التعريف فلزمه حفظها فلا فرق في ذلك بين القرب والبعد، وفي الثانية لم يأخذها بنية تعريف العام، وهذا تأويل ابن رشد. الشيخ: وهل توجب النية بمجردها شيئا أم لا؟ فالمشهور أنها لا توجب شيئا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {ما لم تعمل أو تتكلم[1]} فمن نوى قربة فلا تلزمه بمجرد النية إلا أن يقارنها قول كالنذر أو الشروع في العمل، ثم هذا العمل إما أن يكون مما لا يتجزأ كصوم يوم أو صلاة فهذا يلزم إتمامه بالشروع، وإن كان مما يتجزأ كالجوار وقراءة أحزاب أو نوى إطالة القيام في الركوع [ثم[1095]] بدا له [فما[1096]] شرع فيه لزم، وما لم يأت ليس فيه إلا مجرد النية فلا يلزمه، والتعريف مما يتجزأ فليس فيما يأتي إلا مجرد النية فانظر.انتهى. فتأمله.

وقال البساطي: أي وكذلك يضمن الرجل إذا نوى لما وجد اللقطة أن يأخذها تملكا وكانت هذه النية قبل وضع اليد عليها فإنه يضمن بهذه النية كالغاصب. انتهى. وإن قلت حملت اللفظ على ما لا يحتمل. قلت بل [يحمل،[1097]] وغاية ما يورد أني غيرت الأخذ حتى يصح المعنى المنصوص وقدرت مضافا محذوفا بعد قبل أي قبل قبضها لأجل ذلك،وما حمله عليه الشارح أولا لا يصح معنى ولا نقلا. انتهى. فما قاله الشيخ بهرام هو ظاهر كلام المؤلف، وقد علمت ما في قوله، وظاهره إلى آخره واحتجاجه بكلام أبي الحسن، وأن ذلك ليس في هذه المسألة، وسيأتي كلام ابن عرفة بأنه يجب الضمان في هذه المسألة اتفاقا، فيبقى كلام المصنف على ظاهره. والله أعلم. وأما البساطي فأول كلام المصنف ليوافق ما قاله ابن رشد في المقدمات، فإنه إنما ذكر

الحديث

1- عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تكلم به، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 127، ط. دار إحياء التراث العربي.

- أخرجه البخاري بهذا اللفظ، كتاب الطلاق، رقم الحديث 5269، ولفظه إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم.

1094 *- في م26 ويم60 وسيد12 ومايابى55 إنما ضمنه.

1095 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى55 ويم60.

1096 *- في المطبوع فيما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم60 ومايابى55.

1097 *- في يم60 ويحيى379 وسيد12 ومايابى55 وم26 بل يحتمل.

نص خليل ....

متن الحطاب الضمان إذا أخذها بنية تملكها، وقال ابن الحاجب: وهي أمانة ما لم ينو [اختزالها[1098]] فتصير كالمغصوب. قال الشيخ في التوضيح: هو ظاهر تصورا وتصديقا، وقال ابن عبد السلام: يعني أن اللقطة بيد ملتقطها على حكم الأمانة بمقتضى حكم الشرع، وإن قبضها بغير إذن مالكها ما لم ينو اغتيالا وغصبا فإن نوى ذلك ضمنها كما يضمن الغاصب، وهذا بين إذا كانت هذه نيته حين التقطها، وإن حدثت له هذه النية بعد الالتقاط جرى ذلك على تبدل النية مع بقاء اليد. انتهى. قال ابن عرفة بعد نقل كلام ابن عبد السلام: قلت: يرد بأن القول بلغو أثر النية إنما هو مع بقاء اليد كما كانت، لا مع تغير بقائها عما كانت بوصف مناسب لتأثير النية ويد الملتقط السابقة عن نية الاغتيال كانت مقرونة بالتعريف أو العزم عليه وهي بعدها مقرونة بنقيض ذلك، فصار ذلك كالفعل، فيجب الضمان اتفاقا. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: الأظهر أنه ينظر لحال المدعى عليه كالغصب. انتهى. وكذلك هو صريح في عبارة الشامل ونصه ولو نوى أكله قبل العام ضمنه إن تلف. انتهى. وهو ظاهر عبارة ابن الحاجب أيضا فكلام المؤلف على ظاهره ولا يحتاج لتأويل على ما قاله البساطي.

فرع: قال في كتاب الزكاة من التوضيح: وأما ملتقط اللقطة فلا زكاة عليه إن لم ينو إمساكها لنفسه وإن نوى ذلك ولم يتصرف ففي ضمانه قولان، والقول بعدم ضمانه لابن القاسم المجموعة[1099] وإن تصرف فيه ضمنه بلا خلاف. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة،/ ونصه: وفي صيرورتها دينا على ملتقطها لإرادة أكلها أو بتحريكه [لها[1100]] نقلا الشيخ عن سحنون مع المغيرة وعن ابن القاسم في المجموعة، وعزا ابن رشد الأول لروايتي ابن القاسم وابن وهب عن مالك. انتهى. والمسألة في رسم نقدها من سماع عيسى من كتاب الزكاة والله أعلم. 77

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب ولو ادعى صاحبها أنه التقطها ليذهب بها فالقول قول الملتقط أنه التقطها ليعرف بها بغير يمين. انتهى. وما عزاه لأشهب هو في المدونة، ونصها: وإن ضاعت اللقطة من الملتقط لم يضمن. ابن يونس: قال أشهب وابن نافع وعليه اليمين ومذهب الكتاب في هذا لا يمين عليه إلا أن يتهم. وقاله ابن رشد. انتهى من أبي الحسن، ونحوه في التوضيح. ثم قال في المدونة: وإن قال له ربها أخذتها لتذهب بها وقال هو بل لأعرفها صدق الملتقط. ابن يونس: قال أشهب بلا يمين. انتهى.

وقال ابن رشد في المقدمات: ولا يعرف الوجه الذي التقطها عليه إلا من قبله، فإن تلفت عنده أو ادعى تلفها وادعى أنه أخذها ليحرزها على صاحبها فهو مصدق دون يمين إلا أن يتهم، وسواء أشهد حين التقطها أو لم يشهد على مذهب مالك؛ لأن الإشهاد مستحب. انتهى. وقال في التوضيح: ولا يلزم الإشهاد عليها حال التقاطها خلافا لبعض الحنفية. انتهى.

الحديث ....

[1098] *- في يحيى379 ما لم ينو اغتيالها.

[1099] *- في يم60 ويحيى379 وم26 وسيد12 ابن القاسم في المجموعة.

[1100] - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص77 ويحيى ص33 و م ص26 ويم ص32 ومايابى56.

نص خليل وَرَدِّهَا بَعْدَ أَخْذِهَا لِلْحِفْظِ إلاَّ بِقُرْبٍ فَتَأْوِيلاَنِ وَذُو الرِّقِ كَذَلِكَ وَقَبْلَ السَّنَةِ فِي رَقَبَتِهِ.

متن الحطاب ص: وردها بعد أخذها للحفظ إلا بقرب فتأويلان ش: تصوره واضح. قال ابن الحاجب: فإن أخذها ليحفظها ثم ردها ضمنها. قال ابن عبد السلام: ولا شك أن هذه المسألة إنما تتفرع على القسم المختلف فيه. انتهى. يعني من أقسام الالتقاط، وما قاله ظاهر لأن القسم الذي يحرم فيه الالتقاط هو مأمور بالرد، والقسم الذي يجب يضمن بمجرد تركها، وقد علمت كلام المدونة والتأويلين عليه فيما سبق فلا حاجة إلى الإعادة، وقول المؤلف: "بعد أخذها للحفظ" احتراز مما إذا أخذها لا بنية الحفظ ولا بنية اغتيالها فإنه لا يضمن إذا ردها بالقرب بلا خلاف، ويضمن إذا ردها بعد البعد. قال أبو الحسن: قال عياض: لا خلاف إذا أخذها بغير نية التعريف [كآخذ[1101]] الكساء أنه غير ضامن إذا ردها لموضعها في الحين. انتهى. وقال في المقدمات: واجد اللقطة على ثلاثة أوجه:

أحدها أن يأخذها ولا يريد التقاطها ولا اغتيالها، والثاني أن يأخذها ملتقطا لها، والثالث أن يأخذها مغتالا لها فأما الأول فهو مثل أن يجد ثوبا وهو يظنه لقوم بين يديه يسألهم عنه فهذا إن لم يعرفوه ولا ادعوه كان له أن يرده حيث وجده، ولا ضمان عليه فيه. قاله ابن القاسم في المدونة، ورواه ابن وهب عن مالك لأنه لم يصر في يده ولا تعدى عليه، وإنما أعلم به من ظن أنه له ولم يلتزم فيه حكم اللقطة، وهذا إذا ردها بالقرب، وأما إن ردها بعد طول فهو ضامن. انتهى. والقسمان الباقيان تقدما في كلام المؤلف. والله أعلم

ص: وذو الرق كذلك وقبل السنة في رقبته ش: يعني ذو الرق إذا التقط لقطة فعليه أن يعرفها سنة،فبعد السنة إن أكلها أو تصدق بها ضمنها في ذمته، وهذا معنى قوله كذلك وقوله: "وقبل السنة في رقبته" واضح. قال أبو الحسن الصغير: قال اللخمي وليس لسيده منعه من التعريف؛ لأن التعريف يصح حين تصرفه لسيده، ولا يقطعه ذلك عن بيعه لسيده، ولسيده أن ينتزعها ويوقفها على يدي عدل لئلا يخاف عليها أن تتلف أو يتصرف فيها العبد، وإن كان غير مأمون كان أبين أن توقف على يدي عدل. انتهى. وإذا كانت في ذمته فليس لسيده أن يسقطها. قاله اللخمي أيضا. قال في النوادر:

78 قال مالك في العبد يستهلك اللقطة قبل السنة إنها في رقبته. قال ابن القاسم وأشهب ومطرف وابن/ الماجشون وأصبغ: سواء أكلها أو أكل ثمنها أو تصدق بها أو وهبها، قال أشهب وابن المغيرة: وكذلك المدبر، فإن أسلم سيده خدمته فيها أخدمه فيها ثم عاد إلى ربه، فإن مات ربه قبل استيفاء ربها قيمتها من خدمته عتق في ثلث سيده واتبع بما بقي. قال أشهب: وإن كان مكاتبا فهي في رقبته إما أن يؤدي قيمتها، وإلا عجز ثم خير ربه في إسلامه بها عبدا أو افتدائه ويبقى له عبدا، وإن استهلكها بعد السنة فهي في ذمته، وكذلك المدبر وأم الولد، وإن استهلكت أم الولد قبل السنة فكالجناية يضمن سيدها الأقل من قيمتها أو قيمة اللقطة. انتهى.

الحديث ....

[1101] - في المطبوع كأخذا وما بين المعقوفين من ن ذي وم27 ويم61 ويحيى379.

نص خليل وَلَهُ أَكْلُ مَا يَفْسُدُ وَلَوْ بِقَرْيَةٍ وَشَاةٍ بِفَيْفَاءَ كَبَقَرٍ بِمَحَلِّ خَوْفٍ وَإِلاَّ تُرِكَتْ كَإِبِلٍ وَإِنْ أُخِذَتْ عُرِّفَتْ ثُمَّ تُرِكَتْ بِمَحَلِّهَا وَكِرَاءُ بَقَرٍ وَنَحْوِهَا فِي عَلَفِهَا كِرَاءً مَضْمُونًا وَرُكُوبُ دَابَّةٍ لِمَوْضِعِهِ وَإِلاَّ ضَمِنَ.

متن الحطاب ص: **وله أكل ما يفسد** ش: ظاهره من غير تعريف أصلا، وهو ظاهر كلام ابن رشد وابن الحاجب، وفي المدونة ما يدل على التعريف، ونصه: ومن التقط ما لا يبقى من الطعام فأحب [إلي[1102]] أن يتصدق به كثر أو قل، ولم يؤقت مالك في التعريف به وقتا، فإن أكله أو تصدق به لم يضمنه لربه. انتهى. وقال في الشامل: والتصدق به أولى، ولا ضمان على الأصح، وثالثها إن تصدق به لا أكله. انتهى. وظاهر كلام المؤلف كان له ثمن أم لا وليس كذلك، فقد صرح ابن رشد بأنه إذا كان له ثمن بيع ووقف ثمنه ذكره في أول سماع عيسى من كتاب الضحايا، وتقدم كلامه برمته في الضحايا فراجعه. والله أعلم.

ص: **وشاة بفيفاء** ش: عطف الشاة على ما يفسد ولم يشبه الشاة به كما فعل ابن الحاجب ولا شبهه بالشاة كما فعل في المدونة؛ لأن كل واحد منهما أصل ورد فيه حديث، أما الشاة فالحديث المشهور هي لك أو لأخيك أو للذئب[1]، وأما ما يفسد فجرى ذكره في حديث الثمرة[2] وغيره. والله أعلم. وقوله: "بفيفاء" يعني لا عمارة فيه لكونه يخشى عليها فيه السباع، وترك المؤلف شرطا آخر ذكره ابن الحاجب وهو كونه يعسر حملها، وأقره في التوضيح فقال ابن عبد السلام: والثاني لم يذكره في المدونة، وظاهر كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- أنه لو لم يعسر حملها للزمه حملها ولم يجز له أن يأكلها. انتهى. وإذا أكلها بالفيفاء فلا ضمان عليه فيها. قاله في المدونة. وقوله: "بفيفاء" احترز به مما لو وجدها في القرية أو بقرب العمران فإن عليه أن يعرفها. قال في المدونة: ومن وجد ضالة غنم بقرب العمران عرف بها في أقرب القرى إليها ولا يأكلها، وإن كانت في فلوات الأرض والمهامه أكلها ولا يعرف بها ولا يضمن لربها شيئا. انتهى.

فرع: قال ابن يونس: قال سحنون فيمن وجد شاة اختلطت بغنمه فهي كاللقطة يتصدق بها أو بثمنها يريد بعد السنة فإن جاء ربها ضمنها له. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: فلو ذبحها في الفلاة ثم أتى بلحمها أكله غنيا كان أو فقيرا. أصبغ: ويصير لحمها وجلدها مالا من ماله، ولا ضمان عليه في ذلك إلا أن يأتي ربها وهي في يديه فيكون أحق بها، وإن أتى بالشاة من الفلاة إلى العمارة فلها حكم اللقطة يعرفها، وإن أتى ربها أخذها. اللخمي: يريد ويعطيه أجرة نقلها. انتهى.

ص: **كإبل** ش: ظاهره أن هذا في جميع الأزمان. قال في المقدمات: وهو ظاهر قول مالك في المدونة وفي سماع أشهب من العتبية، وقيل هو خاص بزمن العدل وصلاح/ الناس، وأما في الزمن الذي فسد فيه الناس فالحكم أن تؤخذ فتعرف، فإن لم تعرف بيعت ووقف ثمنها لصاحبها، فإن أيس منه تصدق به

79

الحديث 1 – أن أعرابيا سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن اللقطة قال عرفها سنة فإن جاء أحد يخبرك بعفاصها ووكائها وإلا فاستنفق بها وسأله عن ضالة الابل فتمعر وجهه فقال مالك ولها معها سقاؤها وحذاؤها ترد الماء وتأكل الشجر دعها حتى يجدها ربها وسأله عن ضالة الغنم فقال هي لك أو لأخيك أو للذئب، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب اللقطة، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2438.

2– لعله حديث التمرة: مر النبي صلى الله عليه وسلم بتمرة في الطريق قال لو لا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها. البخاري، رقم الحديث2431.

1102 *– في المطبوع إليه وما بين المعقوفين من سيد12 ويحيى380.

نص خليل

وَغلاَّتُهَا دُونَ نَسْلِهَا وَخُيِّرَ رَبُّهَا بَيْنَ فَكِّهَا بِالنَّفَقَةِ أَوْ إِسْلاَمِهَا وَإِنْ بَاعَهَا بَعْدَهَا فَمَا لِرَبِّهَا إِلاَّ الثَّمَنُ بِخِلاَفِ مَا لَوْ وَجَدَهَا بِيَدِ الْمِسْكِينِ أَوْ مُبْتَاعٍ مِنْهُ فَلَهُ أَخْذُهَا وَلِلْمُلْتَقِطِ الرُّجُوعُ عَلَيْهِ إِنْ أَخَذَ مِنْهُ قِيمَتَهَا إِلاَّ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهَا عَنْ نَفْسِهِ وَإِنْ نَقَصَتْ بَعْدَ نِيَّةِ تَمَلُّكِهَا فَلِرَبِّهَا أَخْذُهَا أَوْ قِيمَتِهَا وَوَجَبَ لَقْطُ طِفْلٍ نُبِذَ كِفَايَةً وَحَضَانَتُهُ وَنَفَقَتُهُ إِنْ لَمْ يُعْطَ مِنَ الْفَيْءِ إِلاَّ أَنْ يَمْلِكَ كَهِبَةٍ أَوْ يُوجَدَ مَعَهُ أَوْ مَدْفُونٌ تَحْتَهُ إِنْ كَانَتْ مَعَهُ رُقْعَةٌ.

متن الحطاب

على ما فعله عثمان لما [دخل[1103]] الناس في زمنه الفساد، وقد روي ذلك عن مالك. انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وصحيح مذهب مالك عدم التقاطها مطلقا. انتهى. وظاهره أيضا سواء كانت بموضع يخاف عليها السباع أم لا؛ لأنها لا تؤخذ، وقال في المقدمات: واختلف إن كانت الإبل بعيدة من العمران بحيث يخاف عليها السباع فقيل إنها في حكم الغنم لواجدها أكلها، وقيل إنها تؤخذ فتعرف إذ لا مشقة في جلبها. انتهى. وقال ابن عبد السلام: واختلف هل تلتقط حيث لا يؤمن عليها السباع. انتهى. ونقله عنه في التوضيح ولم ينقله عن المقدمات. والله أعلم. وظاهره أيضا سواء كانت في العمران أو في الصحراء لإطلاقه، وقال ابن الحاجب: ولا تلتقط الإبل في الصحراء. قال في التوضيح: قوله في الصحراء نحوه في المدونة، فيحتمل أن لا يكون له مفهوم؛ لأنه خرج مخرج الغالب، ويحتمل أن يكون له مفهوم، ثم هو محتمل للموافقة لأنه إذا امتنع التقاطها حيث يتوهم ضياعها فامتناعه حيث لا يتوهم أولى، ومحتمل للمخالفة فيكون معناه أنها تلتقط في العمران لسهولة وجدان ربها لها بخلاف ما إذا نقلها من الصحراء إلى العمارة فلا تتأتى معرفة ربها، ولأنها في العمران لا تجد ما تأكل فتهلك. ابن عبد السلام: والأول أسعد بظاهر المذهب، والثاني أقرب إلى لفظه .انتهى. قوله في الحديث: {مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها[1]}، حذاؤها أخفافها لما فيها من الصلابة، وسقاؤها كرشها لكثرة ما تشرب فيه من الماء وتكتفي به الأيام، وكلاهما من مجاز التشبيه. والله أعلم./ 80

ص: **وغلتها دون نسلها** ش: قال في المسائل الملقوطة: وأما منافع اللقطة وغلاتها ولبنها فقال مالك للملتقط، ولا يتبع بذلك ويتبع بها وبنسلها خاصة، وقيل يتبع بالجميع إن كان له ثمن، وله أن يكري البقر وغيره في علفها كراء مأمونا وله الركوب وله بيع ما يخاف ضياعه وتلفه. انتهى.

ص: **ووجب لقط طفل نبذ كفاية** ش: قال ابن الحاجب: اللقيط طفل ضائع لا كافل له ابن عبد السلام وسواء علم نسبه أو لم يعلم، والكافل المنفي هو القريب، وإلا فالملتقط كافل. انتهى. وقوله كفاية قال في الجواهر وكل صبي ضائع لا كافل له فالتقاطه من فروض الكفاية، فمن وجده وخاف عليه الهلاك إن تركه لزمه أخذه ولم يحل له تركه. انتهى.

ص: **ونفقته إن لم يعط من الفيء الخ** ش: لم يتعرض المصنف لمنتهى النفقة، وقال ابن الحاجب:

الحديث

1 – أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن اللقطة فقال عرفها سنة ثم أعرف وكاءها وعفاصها ثم استنفق بها فإن جاء ربها فأدها إليه فقال يا رسول الله فضالة الغنم قال خذها فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب قال يا رسول الله فضالة الابل قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى احمرت وجنتاه (أو احمر وجهه) ثم قال مالك ولها معها حذاؤها وسقاؤها حتى يلقاها ربها، مسلم في صحيحه، دار إحياء التراث العربي، 1972، رقم الحديث 1722.

1103 *– في المطبوع داخل وما بين المعقوفين من م27 ومايابى57 ويم61 ويحيى380 وسيد12.

نص خليل وَرُجُوعُهُ عَلَى أبيهِ إنْ طَرَحَهُ عَمْدًا وَالْقَوْلُ لَهُ إنَّهُ لَمْ يُنْفِقْ حِسْبَةً وَهْوَ حُرٌّ.

متن الحطاب فإن تعذر فعلى ملتقطه حتى يبلغ أو يستغني. قال ابن عبد السلام: يعني فإن تعذر الإنفاق عليه من شيء من الوجوه المتقدمة وجبت نفقته على ملتقطه، إما بمقتضى العادة لأن العادة تدل على مثل هذا، وإما لأنه أولى الناس به ويستمر إنفاقه عليه إلى البلوغ، أو يستغني قبل ذلك، على أن الباجي وغيره ممن نقل هذا الفرع عن كتاب محمد إنما عطف يستغني على ما قبله بالواو، وذلك يوهم أن يكون حكمه في النفقة حينئذ كحكم الولد تستمر النفقة عليه إلى أن يبلغ الذكر صحيحا أو تتزوج الأنثى ويدخل بها زوجها، وما أظنه يريد مثل هذا. انتهى. وقال في التوضيح: نفقته على ملتقطه حتى يبلغ ويستغني. هكذا نقل الباجي وغيره هذه الرواية بالواو خلاف قول المصنف: "أو يستغني". انتهى.

81 فتأمله. وفي الشامل: حتى يبلغ ويستغني بالواو كنقل الباجي./

ص: ورجوعه على أبيه إن طرحه عمدا ش: تصوره [واضح.[1104]] قال ابن الحاجب: فإن ثبت له أب بالبينة قال في التوضيح: قوله ثبت لا مفهوم له؛ لأنه لو أقر بأنه ولده كان الحكم كذلك صرح به الباجي، وإنما تشترط البينة أو ما يقوم مقامها في التصديق في الاستلحاق. انتهى. وعبارة التهذيب نحو عبارة ابن الحاجب، فنبه عليها أبو الحسن الصغير، وقول المؤلف: "إن طرحه عمدا" كقول ابن الحاجب فإن ثبت له أب بالبينة طرحه عمدا لزمته، ويفهم من كلامه وكلام المؤلف أنه لو لم يطرحه أو طرحه بلا عمد لا رجوع عليه، ولكن إنما تكلم ابن عبد السلام والمؤلف على المفهوم الأول وهو كونه لم يطرحه، وكذا الشارح بهرام في كلام المؤلف، وقال في المدونة: ومن التقط لقيطا فأنفق عليه، فأتى رجل أقام البينة أنه ابنه فله أن يتبعه بما أنفق، إن كان الأب موسرا في حين النفقة؛ لأنه ممن تلزمه نفقته، هذا إن تعمد الأب طرحه، وإن لم يكن هو طرحه فلا شيء عليه، وقال مالك في صبي ضل عن والده فأنفق عليه رجل فلا يتبع أباه بشيء. قال أبو الحسن: هذا دليل على قوله لم يتعمد طرحه كأنه يقول فكذلك مسألتك في الذي لم يتعمد الأب طرحه. انتهى. وقال البساطي في شرح قول المؤلف: "ورجوعه على أبيه إلى آخره" أي ووجب للمنفق الرجوع على أبي اللقيط إذا طرحه عمدا أما إنه يرجع عليه فلأن النفقة بالأصالة على الأب وطرحه لا يسقطها، وأما إنه إذا لم يطرحه أو طرحه بوجه كمن زعم أنه سمع أن من طرح ابنه يعيش له الذي هو مفهوم كلام المؤلف؛ فلأن أخذ الملتقط له والحالة هذه منع من إنفاق الأب عليه، وهو ظاهر فيما إذا طرحه بوجه. انتهى. فتأمله مع كلام المدونة. والله أعلم.

وبقي على المؤلف قيدان في المسألة الأول: أن يكون الأب حين الإنفاق موسرا، وقد ذكره في المدونة، ونبه عليه في التوضيح، وتركه المصنف اعتمادا على ما قدمه في فصل النفقة من أن نفقة الولد إنما تجب على الموسر. القيد الثاني: أن لا يكون المنفق أنفق حسبة وهذا يدل عليه قوله بعد: "والقول قوله إنه لم ينفق حسبة" فتأمله. والله أعلم.

ص: والقول قوله إنه لم ينفق حسبة ش: يعني إذا طرحه أبوه عمدا ولزمته نفقته فادعى على المنفق أنه إنما أنفق حسبة وادعى المنفق عدم الحسبة، فالقول قوله. قال في الجواهر: مع يمينه، وقال

الحديث ....

[1104] - في المطبوع و م ص28 واقع وما بين المعقوفين من ن عدود ص81 ويحيى ص35 ويم ص34 ومايابى58.

نص خليل

وَوَلاَؤُهُ لِلْمُسْلِمِينَ وَحُكِمَ بِإسْلاَمِهِ فِي قُرَى الْمُسْلِمِينَ كَأَنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إلاَّ بَيْتَانِ إن التَقَطَهُ مُسْلِمٌ وَإنْ فِي قُرَى الشِّرْكِ فَمُشْرِكٌ وَلَمْ يُلْحَقْ بِمُلْتَقِطِهِ وَلاَ غَيْرِهِ إلاَّ بِبَيِّنَةٍ أَوْ بِوَجْهٍ وَلاَ يَرُدُّهُ بَعْدَ أَخْذِهِ إلاَّ أَنْ يَأخُذَهُ لِيَرْفَعَهُ لِلْحَاكِمِ فَلَمْ يَقْبَلْهُ وَالْمَوْضِعُ مَطْرُوق وَقُدِّمَ الأَسْبَقُ ثمَّ الأَولَى وَإلاَّ فَالْقُرْعَةُ وَيَنْبَغِي الإِشْهَادُ.

متن الحطاب

ابن عبد السلام فيقبل قوله في أنه أنفق ليرجع، وينبغي أن يكون بيمين. انتهى. يظهر أنه بحث من عنده، وقد صرح به ابن شاس كما علمت، ونبه عليه في التوضيح.

تنبيه: انظر لو اختلفا في طرحه فادعى الملتقط أن أباه طرحه عمدا وأنكره الأب فالقول قول من أشبه منهما، وكذلك لو اختلفا في عسر الأب وقت الإنفاق أو يسره. والله أعلم.

ص: **وولاؤه للمسلمين** ش: قال في الجواهر: ولا يختص به الملتقط إلا بتخصيص الإمام انتهى. وقال فيها أيضا: وأرش خطئه على بيت [المال،[1105]] وإن جنى عليه فالأرش له. انتهى.

ص: **كأن لم يكن فيها إلا بيتان إن التقطه مسلم** ش: قال في تضمين الصناع من المدونة: إلا البيتين والثلاثة، ونقله في الجواهر، فمفهومه أن لو كانوا أكثر من ذلك حكم بإسلامه مطلقا، سواء التقطه مسلم أو كافر، وقال في التوضيح: ويفهم من تعيين المصنف -يعني ابن الحاجب- هذه الصورة للخلاف أنه لو كان المسلمون مساوين أو أكثر أو قريبا من التساوي أن يحمل اللقيط على الإسلام ولو التقطه مشرك. انتهى. ومفهوم المدونة أنه إذا كانوا أكثر من ثلاثة ولو لم يكونوا قريبا من التساوي لحكم بإسلامه مطلقا كما تقدم، وانظر قولهم البيتين والثلاثة لو لم يكن فيهما إلا واحد، والظاهر أن الحكم متحد. والله أعلم. / 82

ص: **وفي قرى الشرك مشرك** ش: نحوه في المدونة. قال أبو الحسن: وسواء التقطه مسلم أو كافر.انتهى. وفي الذخيرة: وفي قرى الكفر ومواضعهم فهو كافر، ولا يعرض له إلا أن يلتقطه مسلم فيجعله على دينه. انتهى. فتأمله.

ص: **وقدم الأسبق الخ** ش: قال في التوضيح: وهذا مقيد بما إذا لم يؤد إلى ضياعه عند الأول انتهى. ونقله في الجواهر، ونصه: ولو ازدحم اثنان كل منهما أهل قدم السابق، فإن استويا قدم الإمام من هو أصلح للصبي، فإن استويا في ذلك أقرع بينهما.انتهى. وقال في تضمين الصناع من المدونة: ومن التقط لقيطا، فكابره عليه رجل فنزعه منه، فرافعه إلى الإمام نظر الإمام للصبي فأيهما كان أقوى على مؤنته وكفالته وكان مأمونا دفعه إليه. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال أبو إسحاق هو للأول إلا أن يكون الثاني أكفأ منه وأحرز. الشيخ: وهو معنى الكتاب، وقوله: مأمونا أي أن يبيعه. انتهى. فتأمل كلام المدونة وشارحها، فإنه يقتضي تقديم الأكفإ ثم الأول. فتأمله مع كلام التوضيح. وانظر هل يرجح هنا بالصلاح وعدمه فيقدم غير الفاسق على الفاسق؟ وقد يتلمح ذلك من قول المدونة: وكان مأمونا. فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[1105] *- في المطبوع المالي والمثبت م28 ويم62 وميابى59 ويحيى381.

نص خليل: وَلَيْسَ لِمُكَاتَبٍ وَنَحْوِهِ الْتِقَاطٌ بِغَيْرِ إِذْنِ السَّيِّدِ وَنُزِعَ مَحْكُومٌ بِإِسْلَامِهِ مِنْ غَيْرِهِ وَنُدِبَ أَخْذُ آبِقٍ لِمَنْ يَعْرِفُ وَإِلاَّ فَلاَ يَأْخُذُهُ فَإِنْ أَخَذَهُ رَفَعَهُ لِلإِمَامِ وَوُقِفَ سَنَةً ثُمَّ بِيعَ وَلاَ يُهْمَلُ.

متن الحطاب: ص: وليس لمكاتب ونحوه التقاط بغير إذن السيد ش: قال في التوضيح: تبعا لابن عبد السلام لأنه يشتغل بتربيته ونفقته عن سيده، وإنما نص على المكاتب؛ [لأنه قد[1106]] يتوهم أنه [لما[1107]] أحرز نفسه وماله أن له ذلك، ووجه أنه ليس له ذلك بأن اللقيط يحتاج إلى حضانة والحضانة تبرع وليس من أهله، وانظر المرأة هل يصح التقاطها بغير إذن زوجها؟ فتأمله. والله أعلم./ 83

ص: وندب أخذ آبق لمن يعرف وإلا فلا يأخذه ش: قال في التنبيهات: الإباق بكسر الهمزة اسم للذهاب في استتار وهو الهروب، والأبق بالفتح وسكون الباء وفتحها أيضا اسم الفعل والمصدر، والأباق بضم الهمزة وتشديد الباء جمع آبق. انتهى. وعبارة المؤلف هي كقوله في المدونة ومن وجد آبقا فلا يأخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه وهو من أخذه في سعة. انتهى. وقول المؤلف: "فلا يأخذه" هو لفظ المدونة وهو على الاستحباب. قال الرجراجي: أما أخذ الآبق فقد قال مالك في المدونة: تركه خير من أخذه إلا أن يكون لقريبه أو جاره أو لمن يعرفه، فأحب إلي أن يأخذه. انتهى. أبو الحسن: قوله: أو لمن يعرفه هو الضابط، ولا يقال إن ذلك للقرابة. انتهى. ولهذا اقتصر عليه المؤلف، وقيد البساطي هذا بما إذا كان في موضع لا يخشى عليه فيه الهلاك، ولم أره لغيره، إلا أن الشيخ أبا الحسن قال في قوله في المدونة: وهو من أخذه في سعة. قال اللخمي: أما إذا كان على الأميال اليسيرة من الموضع الذي أبق منه فلا سعة في تركه إذا لم يخف منه. الشيخ: لأن تركه تلف له. انتهى.

ص: فإن أخذه رفعه للإمام ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل ش: قال في المدونة: ومن أخذ آبقا رفعه إلى الإمام ويوقفه سنة، وينفق عليه، ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي، فإن جاء صاحبه وإلا باعه وأخذ من ثمنه ما أنفق وحبس بقية الثمن لربه في بيت المال، وأمر مالك ببيع الأُبَّاق بعد السنة، ولم يأمر بإطلاقهم يعملون ويأكلون، ولم يجعلهم كضوال الإبل لأنهم يأبقون ثانية. انتهى. فقول المؤلف: "رفعه إلى الإمام" كقوله في المدونة: رفعه إلى الإمام. أبو الحسن: ظاهره أنه مطلوب بذلك، وإن كان لا يجب عليه فالرفع إلى الإمام أولى، وله أن يفعل هو ما يفعله الإمام. انتهى. وقال: قوله ويكون فيما أنفق عليه كالأجنبي يظهر منه أن الأجنبي يفعل فيه ما يفعله الإمام، ولا يجب عليه الرفع. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن أخذه فلا يخلو السلطان من أن يكون عدلا أو جائرا، فإن كان عدلا فهو مخير إن شاء رفعه إلى الإمام وإن شاء عرف به، ثم قال: وإن كان السلطان جائرا فلا ينبغي له أن يرفعه إليه ويعرفه سنة وينفق عليه، ويكون حكمه في النفقة حكم السلطان. انتهى. وقول المؤلف: "ووقف سنة ثم بيع ولا يهمل" مثل قوله في المدونة: ويوقفه سنة إلى قوله ولم يأمر

الحديث: ....

[1106] – في المطبوع المكاتب وإنما صح لأنه يتوهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى35 وم28 ومايابى60.
[1107] – في المطبوع إنما وما بين المعقوفين من ن عدود ص82 ويحيى ص35 و م ص28.

نص خليل ....

متن الحطاب بإطلاقهم وفيه أمران: أحدهما أنه يحبس سنة، والثاني أنه يباع بعد السنة ولا [يهمل،[1108]] أما الأول فقال الشيخ أبو الحسن عن ابن يونس: قال سحنون: لا أرى أن يوقفه سنة ولكن بقدر ما يتبين أمره ثم يباع، ويكتب الحاكم صفاته عنده حتى يأتي له طالب. ابن يونس: وهو الصواب لأن النفقة عليه سنة ربما ذهبت بثمنه. انتهى. وفي سماع عيسى: قال ابن القاسم: الشأن والسّنّة في الآبق أن يحبس سنة إلا أن يخاف الضيعة فيباع. قلت: أرأيت إذا انقضت السنة ولم يخف ضيعة أيباع؟ قال: نعم ولا يحبس بعد السنة. ابن رشد: قوله إن الآبق يحبس هو مثل ما في المدونة، وقوله إنه إذا خشيت الضيعة عليه بيع قبل السنة هو تفسير لما في المدونة، وقد مضى في أول رسم من سماع أشهب أنه إذا خشيت عليه الضيعة خلي سبيله ولم يبع، وقد مضى القول هنالك فلا معنى لإعادته انتهى فما في سماع عيسى تفسير لما في المدونة، وأما كلام سحنون [فإنه[1109]] خلاف للمدونة فإنه لا يرى حبسه سنة أصلا.

قال الرجراجي: قال مالك في المدونة ولم أزل أسمع أن الآبق يحبس سنة، وذلك يختلف باختلاف الأحوال، وتحصيله أن العبد لا يخلو من أن يخشى عليه الضيعة في هذا الأمد أم لا، فإن خيف بيع قبل السنة، وهي رواية عيسى عن ابن القاسم، وهو تفسير لقول مالك وإن لم يخش عليه هل ينتظر به سنة، وهو مذهب المدونة وهو المشهور، والثاني أنه لا يوقف سنة وإنما يوقف بقدر ما يتبين ضرره وهو قول سحنون. انتهى.

84 وأما الأمر الثاني وهو كونه يباع بعد السنة ولا يمهل فقال في سماع/ أشهب إنه إذا عرفه فلم يجد من يعرفه أنه يخليه خير له من أن يبيعه فيهلك ثمنه ويؤكل أو يطرح في السجن فيقيم ولا يجد من يطعمه. قال ابن رشد: أما الأباق فسوى في هذه الرواية بينهم وبين ضوال الإبل في أنهم يرسلون إذا عرفوا فلم يعرفوا، وقال في المدونة إنهم يحبسون ثم يباعون، فتحبس أثمانهم لأربابهم ولا يرسلون، فالظاهر أن ذلك اختلاف من القول، وعلى ذلك يحمله الشيوخ، والأولى أن لا يحمل ذلك على الخلاف فيكون الوجه في ذلك أنه إن خشي عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة وأن يتلف ثمنه إن بيع كان إرساله أولى من حبسه على ما قاله في هذه الرواية، وإن لم يخش عليه أن يضيع في السجن بغير نفقة، ولا يتلف ثمنه إن بيع كان حبسه سنة ثم بيعه بعد السنة وإمساك ثمنه أولى من إرساله، وموضع الخلاف عند من حمله على الخلاف إنما هو إذا خشي عليه أن يضيع في السجن وأن يتلف ثمنه إذا بيع؛ فمرة رأى أن إرساله أولى لئلا يضيع أو يتلف ثمنه، ومرة رأى أن حبسه وبيعه وإمساك ثمنه أولى لئلا يأبق ثانية، والاختلاف إنما هو بحسب الاجتهاد أي الخوفين أشد، وأما إن لم يخش عليه أن يضيع في السجن ولا أن يتلف ثمنه إذا بيع فلا يرسل لئلا يأبق قولا واحدا، ولو لم يخش عليه أن يضيع في السجن وخشي على ثمنه أن يضيع لوجب أن يسجن سنة يعرف فيها ثم يسرح، ولا يحبس أكثر منها التي هي حد تعريف اللقطة، ولو لم يخش على ثمنه ضياع وخشي عليه إن سجن لوجب عليه أن يباع ويوقف ثمنه ولا يسجن.انتهى. فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[1108] *- في المطبوع يمهل وم29 والمثبت ميابى60 ويحيى382 ويم63.

[1109] *- في المطبوع فاته وما بين المعقوفين من ن عدود ص83.

نص خليل

وَأَخَذَ نَفَقَتَهُ وَمَضَى بَيْعُهُ وَإِنْ قَالَ رَبُّهُ كُنْتُ أَعْتَقْتُهُ وَلَهُ عِتْقُهُ وَهِبَتُهُ لِغَيْرِ ثَوَابٍ وَتُقَامُ عَلَيْهِ الْحُدُودُ وَضَمِنَهُ إِنْ أَرْسَلَهُ.

متن الحطاب

ص: **وأخذ نفقته** ش: فاعل أخذ ضمير عائد على المنفق المفهوم من السياق سواء كان الإمام أو غيره. والله أعلم.

ص: **ومضى بيعه وإن قال ربه كنت أعتقته** ش: قال في المدونة: وإذا جاء رب الآبق بعد أن باعه الإمام بعد السنة، والعبد قائم فليس له إلا الثمن ولا يرد البيع، ولو قال ربه كنت أعتقته أو دبرته بعد ما أبق أو قبل أن يأبق لم يقبل قوله على نقض البيع إلا ببينة. انتهى. أبو الحسن: قوله بعد السنة. الشيخ: وكذلك إذا باعه قبل السنة لما رأى من وجه المصلحة، وأما على قول سحنون الذي يقول لا يوقف سنة فلا إشكال. انتهى. وقال الرجراجي: أما العتق والتدبير وسائر عقود العتق غير الإيلاد فلا يقبل قوله في نقض العتق إلا ببينة عادلة. انتهى.

تنبيه: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ولو كانت أمة فباعها الإمام بعد السنة، ثم جاء سيدها فقال قد كانت ولدت مني، وولدها قائم، فإنها ترد إليه إن كان ممن لا يتهم، وقاله مالك فيمن باع جارية له وولدها ثم استلحق الولد أنه إذا كان ممن لا يتهم على مثلها ردت إليه، ولو قال كنت أعتقتها لم يصدق ولم ترد إليه إلا ببينة؛ قيل فإن لم يكن معها ولد فقال بعد ما باعها كانت ولدت مني. قال: أرى أن ترد إليه إن لم يتهم فيها. انتهى. وقال الرجراجي إثر كلامه المتقدم: فإن ادعى أنها ولدت منه فلا يخلو من أن يكون معها ولد أم لا، فإن كان معها ولد فهل ترد إليه أم لا؟ على قولين منصوصين في المدونة أحدهما أنها ترد إليه، سواء اتهم أو لم يتهم، وهو قول أشهب، والثاني أنها ترد إليه إن لم يتهم، وإن اتهم فيها لم ترد إليه، وهو قول ابن القاسم، فإن لم يكن معها ولد فإن اتهم فيها لم ترد إليه قولا واحدا، وإن لم يتهم فهل ترد إليه أم لا؟ المذهب على قولين قائمين من المدونة أحدهما أنها لا ترد إليه، وهي رواية أكثر الأندلسيين، وهي رواية ابن اللباد، والثاني أنها ترد إليه، وهي رواية أكثر القرويين، وعليه اقتصر الشيخ أبو محمد وابن أبي زمنين والبرادعي، وحكاها ابن حبيب عن ابن القاسم. انتهى.

فائدة: قال عبد الحق: إنما قال في العتق لا يصدق، وفي الاستيلاد يصدق إن لم يتهم فيها من أجل أن العتق سبيله أن يتوثق فيه ويشهد هذه عادة الناس، فلما لم يثبت ذلك اتهم، وولادة الأمة ليس شأن الناس فيه الإشهاد[1110] والاشتهار له،[1111] فإذا انتفت التُّهَمَةُ صدق. انتهى. وقوله في المدونة: "يتهم" قال عياض: يعني بِصَبَابَةٍ إليها. انتهى من أبي الحسن. والله أعلم./ 85

ص: **وله عتقه وهبته لغير ثواب** ش: أبو الحسن وجميع المعروف فيه جائز. ابن يونس: وهو لازم وكذلك عتقه إلى أجل، فإن جعل الأجل من يوم أبق ثم لم يقدر عليه حتى انقضى الأجل كان حرا. انتهى.

الحديث

....

[1110] *- في سيد13 فيها الإشهاد.

[1111] * - في يم63 ومايابى62 و الإشهار له.

نص خليل

إلاَّ لِخَوْفٍ مِنْهُ كَمَن اسْتَأْجَرَهُ فِيمَا يَعْطَبُ فِيهِ لاَ إنْ أَبَقَ مِنْهُ وَإِنْ مُرْتَهِنًا وَحَلَفَ وَاسْتَحَقَّهُ سَيِّدُهُ بِشَاهِدٍ وَيَمِينٍ وَأَخَذَهُ إن لَّمْ يَكُنْ إلاَّ دَعْوَاهُ إنْ صَدَّقَهُ وَلْيُرْفَعْ لِلإِمَامِ إنْ لَمْ يَعْرِفْ مُسْتَحِقَّهُ إن لَّمْ يُخَفْ ظُلْمُهُ وَإِنْ أَتَى رَجُلٌ بِكِتَابِ قَاضٍ أَنَّهُ قَدْ شَهِدَ عِنْدِي أَنَّ صَاحِبَ كِتَابِي هَذَا فُلاَنٌ هَرَبَ مِنْهُ عَبْدٌ وَوَصَفَهُ فَلْيُدْفَعْ إلَيْهِ بِذَلِكَ.

متن الحطاب

ص: **إلا لخوف منه** ش: قال الرجراجي: فإن أرسله لعذر كما إذا خاف منه أن يقتله أو يضربه أو يذهب بحوائج بيته ونحو ذلك فقد قال ابن عبد الحكم لا ضمان عليه، وينبغي أن لا يختلف فيما قاله إذا غلب على الظن الخوف بما ظهر من ظواهر حال العبد. ثم قال: وليس شدة النفقة بعذر مسقط عنه الضمان. قاله ابن عبد الحكم. انتهى. والظاهر أن هذا إذا لم يكن رفعه إلى الإمام وإلا فلا يرسله وليرفعه إلى الإمام فتأمله.

ص: **لا إن أبق منه وإن مرتهنا وحلف** ش: يعني أن العبد إذا أبق من الذي هو في يده فلا ضمان عليه، ثم بالغ فقال وإن كان الذي هو في يده أخذه من ربه على جهة الرهن لكن يحلف، فقوله: "وحلف" راجع إلى مسألة الرهن لأنه إذا أبق منه. -قال الرجراجي-: فلا يخلو من أن يهرب من الدار أو يرسله إلى بعض حوائجه، فإن أبق من داره فإن ظهر ذلك واشتهر قبل قوله بلا يمين قولا واحدا كان ممن يتهم أم لا، فإن لم يكن إلا دعواه هل يحلف أم لا؟ المذهب على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يمين عليه، وهو ظاهر المدونة، والثاني أنه يحلف لقد انفلت منه من غير تفريط، وهو قول ابن الماجشون، والثالث إن كان من أهل التهمة حلف وإلا فلا، وإن أرسله في حاجة خفيفة فلا ضمان عليه، وإن أرسله في حاجة يأبق في مثلها فهو ضامن، وهو قول أشهب في كتابه. انتهى. واقتصر ابن يونس على الثاني، فانظره فيه.

ص: **وأخذه إن لم يكن إلا دعواه إن صدقه** ش: نحو هذا قوله في المدونة: وإن ادعى أن هذا الآبق عبده ولم يقم بينة فإن صدقه العبد دفع إليه. ابن يونس: يريد بعد التلوم ويضمنه إياه. قال أشهب في كتابه بعد أن يحلف مدعيه، ثم إن جاء له طالب لم يأخذه إلا ببينة عادلة وإن أقر له العبد بمثل ما أقر للأول من الرق. انتهى.

تنبيه: قال الرجراجي: فإن ادعاه يعني الآبق أحد بغير بينة يقيمها فلا يخلو العبد من أن يقر له أم لا فإن أقر له أخذه بعد الاستيناء قولا واحدا، وإن لم يقر له بالملك فعلى قولين: أحدهما أن يدفع إليه بعد الاستيناء كما لو اعترف به ويضمنه، وهو قول ابن القاسم في المدونة وغيرها، والثاني لا يدفع له، وهو قول أشهب. انتهى. واعلم أن ابن القاسم إنما قال يدفع إليه وإن لم يقر له إذا وصفه ولم يعترف لغيره بالرق، ونصه بعد مسألة كتاب القاضي إلى القاضي: فإن ادعى العبد ووصفه ولم يقم البينة عليه فأرى أنه مثل المتاع ينظر فيه الإمام ويتلوم له، فإن جاء أحد يطلبه وإلا دفعه إليه وضمنه إياه، قيل ولا يلتفت ها هنا إلى العبد إن أنكر أن هذا مولاه إلا أنه مقر أنه عبد لفلان ببلد آخر. قال: يكتب/ السلطان إلى ذلك الموضع وينظر في قول العبد فإن كان كما قال، وإلا ضمنه هذا وسلمه إليه كالأمتعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قال اللخمي إن اعترف الآبق لأحد بالرق كان لمن اعترف

86

الحديث

نص خليل باب أَهْلُ الْقَضَاءِ عَدْلٌ إنْ وُجِدَ.

متن الحطاب له دون من وصفه قولا واحدا فإن اعترف لغائب كتب إليه فإن ادعاه كان أحق به، واختلف إذا أنكر العبد هذا المدعي ولم يقر لغيره وهو مقر بالعبودية أو قال أنا حر وهو معروف بالرق هل يكون لمن ادعاه فأما بالصفة؟ فأرى أن يدفع إليه إذا وصفه صفة تخفى وليست ظاهرة. انتهى.

قلت: فمفهوم الشرط في قول المؤلف إن صدقه ليس على إطلاقه، بل وكذلك يدفع إليه وإن لم يصدقه إذا وصفه ولم يقر لغيره أو أقر وأكذبه الغير فتأمله. والله أعلم.

ص: باب القضاء أهل القضاء عدل ش: هذا الباب يترجم بكتاب القضاء وكتاب الأقضية والأقضية جمع قضاء بالمد. قال في القاموس: ويقصر يطلق في اللغة على الحكم ومنه قوله تعالى: ﴿ وقضى ربك ألا تعبدوا إلا إياه ﴾ أي حكم ويطلق على الأمر والإيجاب. قال النووي: قال الواحدي قال عامة المفسرين وأهل اللغة قضى هنا بمعنى أمر، وقال غيره بمعنى أوجب، وقيل وصى وبها قرأ علي وابن مسعود، وروي عن ابن عباس أنه قال التصقت إحدى الواوين بالصاد فصارت قافا. انتهى. ويطلق على الإلزام كما في قوله تعالى: ﴿ فلما قضينا عليه الموت ﴾ أي حتمناه وألزمناه به، وهذه المعاني متقاربة، ويطلق القضاء على الفراغ من الشيء كقولهم قضيت حاجتي، وضربه فقضى عليه أي قتله؛ كأنه فرغ منه وَسِمٌّ قاض أي قاتل، وقضى نحبه أي مات وفرغ من الدنيا، وأصل النحب النذر واستعير للموت لأنه كنذر لازم في رقبة كل حيوان.

قال في الصحاح: وقد يكون القضاء بمعنى الأداء والإنهاء تقول قضيت ديني ومنه قوله تعالى: ﴿ وقضينا إلى بني إسرائيل في الكتاب ﴾ وقوله تعالى: ﴿ وقضينا إليه ذلك الأمر ﴾ أي أنهيناه إليه وأبلغناه ذلك، وقال القرافي في قوله تعالى: ﴿ ثم اقضوا إلي ﴾ أي امضوا إلي، وقد يكون القضاء بمعنى الصنع والتقدير ومنه قوله سبحانه: ﴿ فقضاهن سبع سماوات في يومين ﴾ ومنه القضاء والقدر، ويقال استقضي فلان إذا صير قاضيا وقضى الأمير قاضيا كما تقول أمر أميرا وانقضى الشيء وتقضى بمَعْنًى، واقتضى [[1112]] دينه وتقاضاه بمعنى. انتهى. وقال الأزهري: القضاء في اللغة على وجوه مرجعها إلى انقضاء الشيء وتمامه. انتهى. هذا معناه من حيث اللغة، وأما معناه عند أهل الشرع فقال ابن رشد وتبعه ابن فرحون حقيقة القضاء الإخبار عن حكم شرعي على سبيل الإلزام، وقال ابن عرفة: القضاء صفة حكمية توجب لموصوفها نفوذ حكمه الشرعي ولو بتعديل أو تجريح لا في عموم مصالح المسلمين. فيخرج التحكيم وولاية الشرطة وأخواتها والإمامة، وقول بعضهم هو الفصل بين الخصمين واضح قصوره. انتهى.

قلت: واعلم أن القضاء في اصطلاح الفقهاء يطلق على الصفة المذكورة كما في قولهم ولي القضاء أي حصلت له الصفة المذكورة، ويطلق على الإخبار المذكور كما في قولهم قضى القاضي بكذا، وقولهم قضاء القاضي حق أو باطل غير أن في تعريف ابن رشد مسامحة من وجوه: الأول ذكر لفظ الإخبار فإنه يوهم أن المراد به الإخبار المحتمل للصدق والكذب المقابل للإنشاء، وليس ذلك بمراد، وإنما المراد به أمر

الحديث ....

[1112] – في المطبوع به وما بين المعقوفين من ن عدود ص86 ويحيى ص38 و م ص30 ويم ص36 ومايابى63.

نص خليل ....

متن الحطاب القاضي بحكم شرعي على طريق الإلزام. الثاني أنه يدخل فيه حكم الحكمين في جزاء الصيد وفي شقاق الزوجين وحكم المحكم في التحكيم، ومنها أنه يدخل فيه حكم المحتسب والوالي وغيرهما من أهل الولايات الشرعية إذا حكموا بالوجه الشرعي، / وقول ابن عرفة إن التحكيم يخرج من تعريفه لم يظهر لي وجه خروجه، فإن المحكم لا يحكم ابتداء إلا في الأموال وما يتعلق بها وما في معناها مما لا يتعلق بغير الحكمين، ولا يحكم في القصاص واللعان والطلاق والعتاق لتعلق الحق في ذلك بغيرهما. قالوا: فإن حكم فيها بغير جور نفذ حكمه، والظاهر أن التعديل والتجريح كذلك فتأمله. والله أعلم.

87

فائدة: قال ابن عرفة: حال الفقيه من حيث هو فقيه كحال عالم بكبرى قياس الشكل الأول فقط، وحال القاضي والمفتي كحال عالم [بها[1113]] مع علمه بصغراه، ولا خفاء أن العلم بهما أشق [وأخص[1114]] من العلم بالكبرى فقط، وأيضا فإن فقه القضاء والفتيا مبنيان على إعمال النظر في الصور الجزئية وإدراك ما اشتملت عليه من الأوصاف الكائنة فيها، فيلغى [طرديها[1115]] ويعمل معتبرها. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، ونقله في التوضيح.

قال ابن عبد السلام: وعلم القضاء وإن كان أحد أنواع علم الفقه ولكنه متميز بأمور لا يحسنها كل الفقهاء، وربما كان بعض الناس عارفا بفصل القضاء وإن لم يكن له باع في غير ذلك من أبواب الفقه كما أن علم الفرائض كذلك، وكما أن علم التصريف من علم العربية وأكثر أهل زماننا لا يحسنونه وقد يحسنه من هو دونهم في بقية العربية، ولا غرابة في امتياز علم القضاء عن غيره من أنواع الفقه، وإنما الغرابة في استعمال كليات علم الفقه وانطباقها على جزئيات الوقائع بين الناس، وهو عسير على كثير من الناس، فتجد الرجل يحفظ كثيرا من العلم ويفهم ويعلم غيره، فإذا سئل عن واقعة ببعض العوام من مسائل الصلاة أو من مسائل الإيمان لا يحسن الجواب، بل لا يفهم مراد السائل عنها إلا بعد عسر، وللشيوخ في ذلك حكايات نبه ابن سهل في أول كتابه على بعضها. انتهى. ومنها ما قال البساطي في شرح قول المؤلف: "فطن" وبعصرنا الآن شخص يتعاطى الدقة في العلم وينهى عن جزئية فيتجنبها بشخصها، ثم يقع في أخرى مثلها، فإذا قيل له هذه مثل تلك تجنبها ويقع في ثالثة وعلى ذلك. انتهى. واعلم أن صفات القاضي المطلوبة فيه على ثلاثة أقسام: الأول شرط في صحة التولية وعدمه يوجب الفسخ، والثاني ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطا في صحة التولية. الثالث مستحب وليس بشرط ، فأشار المؤلف إلى الأول بقوله:

أهل القضاء عدل إلى قوله وإلا فأمثل مقلد وإلى الثاني بقوله ونفذ حكم أعمى إلى قوله ووجب عزله وإلى الثالث بقوله كورع إلى آخره والله أعلم وشمل قوله: "عدل" الحر المسلم العاقل البالغ بلا فسق كما سيذكره في باب الشهادة. قال القرطبي في شرح مسلم في كتاب الإمارة: وقد

الحديث ....

1113 - في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص87 ويحيى ص38 و م ص30 ومايابى63.
1114 - في المطبوع أخصر وما بين المعقوفين من ن عدود ص87 ويحيى ص38 و م ص30 ويم ص36 ومايابى63.
1115 - في المطبوع طردها ومايابى64 وما بين المعقوفين من ن عدود ص87 و م30.

نص خليل ذَكَرٌ فَطِنٌ.

متن الحطاب نص أصحاب مالك على أن القاضي لا بد أن يكون حرا، وأمير الجيش والحرب في معناه، فإنها مناصب دينية يتعلق بها تنفيذ أحكام شرعية فلا يصلح لها العبد؛ لأنه ناقص بالرق محجور عليه لا يستقل بنفسه ومسلوب أهلية الشهادة والتنفيذ، ولا يصلح للقضاء ولا للإمارة، وأظن جمهور علماء المسلمين على ذلك. انتهى. والظاهر من كلام المؤلف جواز ولاية المعتق. قال ابن عرفة: وهو المعروف، وعزاه ابن عبد السلام للجمهور قالا: ومنعه سحنون خوفا من استحقاقه، فيجب رده إلى الرق ويفضي ذلك إلى رد أحكامه. والله أعلم. وظاهر كلامه أيضا أن ولاية الفاسق لا تصح، ولا ينفذ حكمه، وافق الحق أم لم يوافقه، وهو المشهور كما صرح به في توضيحه، وقاله في التنبيهات، ونقله ابن فرحون وغيره، وقال أصبغ: الفسق موجب للعزل، ولا يجوز أن يولى الفاسق، ويمضي من أحكامه ما وافق الحق. انتهى من التوضيح بالمعنى. وقال في العمدة: وهل ينعزل بفسقه أم يجب عزله؟ قولان. انتهى.

ص: **ذكر** ش: قال في التوضيح: وروى ابن أبي مريم عن ابن القاسم جواز ولاية المرأة. قال ابن عرفة: قال ابن زرقون أظنه فيما تجوز فيه شهادتها. قال ابن عبد السلام: لا حاجة لهذا التأويل لاحتمال أن يكون ابن القاسم/ قال كقول الحسن والطبري بإجازة ولايتها القضاء مطلقا. 88

قلت: الأظهر قول ابن زرقون؛ لأن ابن عبد السلام قال في الرد على من شذ من المتكلمين وقال الفسق لا ينافي القضاء ما نصه: وهذا ضعيف جدا لأن العدالة شرط في قبول الشهادة والقضاء أعظم حرمة منها. قلت: فجعل ما هو مناف للشهادة [منافيا[1116]] للقضاء، فكما أن النكاح والطلاق والعتق والحدود لا تقبل فيها شهادتها فكذلك لا يصح فيها قضاؤها. انتهى.

ص: **فطن** ش: قال ابن عبد السلام: والمراد من الفطانة بحيث لا يستزل في رأيه ولا تتمشى عليه حيل الشهود وأكثر الخصوم. انتهى. قال في التوضيح: وهذا الشرط لم يقع في كل نسخ ابن الحاجب وكلام الطرطوشي يدل على اشتراطه. انتهى. وجعل ابن رشد في المقدمات الفطنة من الصفات المستحبة فقال: وأن يكون فطنا غير مخدوع لعقله. انتهى. وكذا جعله ابن فرحون من الصفات المستحبة، وقال ابن عرفة: وعد ابن الحاجب كونه فطنا من القسم الأول، وهو ظاهر كلام الطرطوشي لا يكتفي بالعقل التكليفي، بل لا بد أن يكون بين الفطنة بعيدا من الغفلة، وعده ابن رشد وابن شاس من الصفات المستحبة غير الواجبة، والحق أن مطلق الفطنة المانع من كثرة التغفل من القسم الأول، والفطنة الموجبة للشهرة بها غير النادرة ينبغي كونها من الصفات المستحبة، فعلى هذا طريقة ابن رشد أنسب؛ لأن فطنا من أبنية المبالغة كحذر، والمبالغة فيها مستحبة. انتهى. فلو قال المؤلف: "ذا فطنة" لكان أحسن. والله أعلم.

لطيفة: قال المشذالي في حاشية المدونة: روي أن عمر بن عبد العزيز كتب إلى عامله بالبصرة عدي بن أرطأة أن اجمع بين إياس بن معاوية والقاسم بن ربيعة فول القضاء أنفذهما، فجمع عدي بينهما وقال لهما ما عهد به عمر إليه، فقال له إياس سل عني وعن القاسم فقيهي البصرة الحسن وابن سيرين،

الحديث ....

[1116] *-علق عليها الشيخ محمد سالم ب في جميع النسخ (مناف) والصواب منافيا وهو الذي في ابن عرفة ص400 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن ابّوه.

نص خليل مُجْتَهِدٌ إنْ وُجِدَ وَإِلاَّ فَأَمْثَلُ مُقَلِّدٍ وَزِيدَ لِلإِمَامِ الأَعْظَمِ قُرَشِيٌّ.

متن الحطاب وكان القاسم يأتي الحسن وابن سيرين، وإياس لا يأتيهما، فعلم القاسم أنه إن سألهما أشارا به، فقال له القاسم: لا تسأل عني ولا عنه، فوالله الذي لا إله إلا هو إن إياسا أفقه مني وأعلم بالقضاء، فإن كنت كاذبا فما عليك أن توليني وأنا كاذب، وإن كنت صادقا فينبغي لك أن تقبل قولي، فقال له إياس إنك جئت برجل وأوقفته على شفا جهنم فنجى نفسه منها بيمين كاذبة فيستغفر الله منها وينجو مما يخاف، فقال له عدي: أما إنك إذ فهمتها فأنت لها فاستقضاه. انتهى.

ص: مجتهد إن وجد وإلا فأمثل مقلد ش: يشير إلى أن القاضي يشترط فيه أن يكون عالما، وجعل ابن رشد العلم من الصفات المستحبة، وقال ابن عبد السلام والمشهور أنه من القسم الأول. انتهى.

89 وكذا عده صاحب الجواهر والقرافي من القسم الأول، وعليه عامة أهل المذهب، وعليه/ فلا تصح تولية الجاهل ويجب عزله وأحكامه مردودة ما وافق الحق منها وما لم يوافقه وسيصرح المؤلف بأنها مردودة ما لم يشاور. والله أعلم. ثم إنه إذا وجد مجتهد وجب توليته، ولا يجوز لغيره أن يتولى. قال في الذخيرة عن ابن العربي: ونقله ابن فرحون فإن تقلد مع وجود المجتهد فهو متعد جائر. انتهى. فظاهر كلام ابن العربي أن الاجتهاد إذا وجد ليس بشرط، لا كما تعطيه عبارة المؤلف من أنه شرط يقتضي عدم صحة التولية، بل الشرط العلم، وأما الاجتهاد إذا وجد فلا يجوز العدول عن صاحبه فقط فتأمله.

وقال ابن عرفة: وجعل ابن مرزوق كونه عالما من القسم المستحب، وكذا ابن رشد إلا أنه عبر عنه بأن يكون عالما يسوغ له الاجتهاد، وقال عياض وابن العربي والمازري يشترط كونه عالما مجتهدا أو مقلدا إن فقد المجتهد كشرط كونه مسلما حرا. ثم قال ابن العربي: قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد، ومع عدم المجتهد جائز. ثم قال: ففي صحة تولية المقلد مع وجود المجتهد قولان لابن زرقون مع ابن رشد وعياض مع ابن العربي والمازري قائلا هو محكي أئمتنا عن المذهب ومع فقده جائز ومع وجود المجتهد أولا اتفاقا[1117] فيهما. انتهى. وانظر كيف عزا لابن العربي عدم صحة ولاية المقلد مع وجود المجتهد، مع أنه نقل قبل هذا قوله قبول المقلد الولاية مع وجود المجتهد جور وتعد إلا أن يكون فهم من قوله: "جور وتعد" أنها لا تصح فيصح كلامه، إلا أن الذي يتبادر للفهم من قوله: "جور وتعد" أنها تصح إلا أنه متعد فقط، وعلى ما فهمه ابن عرفة فيسقط الاعتراض السابق على المؤلف، ولعل المؤلف فهمه على ذلك، فعلم من هذا أن كلام المؤلف ماش على ما عزاه ابن عرفة لعياض والمازري وابن العربي. والله أعلم. وقول المؤلف: "أمثل مقلد" يشير به إلى قول ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد، إلا أنه ينبغي أن يختار أعلم المقلدين ممن له فقه نفيس وقدرة على الترجيح بين أقاويل أهل مذهبه، ويعلم منه ما هو أجرى على أصل امامه مما ليس كذلك، وأما إن لم يكن بهذه المرتبة فيظهر من كلام الشيوخ اختلاف بينهم هل يجوز توليته القضاء أو لا؟ وهذه المسألة مفرعة على جواز تقليد الميت. انتهى. قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: قوله اختلاف في جواز توليته إن أراد مع وجود ذي الرتبة الأولى فصحيح،

الحديث ....

1117 *- في مايابى65 وم31 ويم65 وسيد41 أولى اتفاقا.

نص خليل ....

متن الحطاب وإن أراد مع فقده فظاهر أقوالهم صحة توليته خوف تعطيل الحكم بين الناس دون خلاف في ذلك. انتهى. وقال ابن عبد السلام: على جواز تقليد الميت نقل ابن عرفة عن أهل الأصول انعقاد الإجماع على جواز تقليد الميت، وسيأتي بعد هذا وكلام القرافي في أول الباب الثاني من كتاب القضاء يؤذن بصحة ولاية هذا الذي قال ابن عبد السلام: إن فيه اختلافا فراجعه. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: "مجتهد ان وجد" قال البساطي: يقتضى أنه ممكن،فإن عنى به أنه مجتهد في مذهب مالك فقد يدعي أنه ممكن،وإن أراد المجتهد في الأدلة فهذا غير ممكن وقول بعض الناس إن المازري وصل إلى رتبة الاجتهاد كلام غير محقق لأن الاجتهاد مبدؤه صحة الحديث عنده، وهو غير ممكن ولا بد فيه من التقليد، وقول الشيخ محي الدين النووي إنه ممكن كالكلام المتقدم. انتهى. وتأمل كلامه هذا فإنه يقتضي أن الاجتهاد غير ممكن، والخلاف بين علماء الأصول إنما هو هل يمكن خلو الزمان عن مجتهد أم لا؟ وكلام ابن عبد السلام يشهد لإمكانه لقوله وما أظنه انقطع بجهة المشرق فقد كان منهم من ينسب إلى ذلك ممن هو في حياة أشياخنا وأشياخ أشياخنا ومواد الاجتهاد في زماننا أيسر منها في زمان المتقدمين لو أراد الله بنا الهداية، ولكن لا بد من قبض العلم بقبض العلماء كما أخبر به الصادق صلوات الله عليه[1] .انتهى.ونحوه في التوضيح، وزاد لأن الأحاديث والتفاسير قد دونت وكان الرجل يرحل في سماع الحديث الواحد، فإن/ قيل يحتاج المجتهد إلى أن يكون عالما بمواضع الإجماع والخلاف، وهو متعذر في زماننا لكثرة المذاهب وتشعبها؟ قيل يكفيه أن يعلم أن المسألة ليست مجمعا عليها؛ لأن المقصود أن يحترز من مخالفة الإجماع وذلك ممكن انتهى. وقول البساطي لا بد في صحة الحديث من التقليد لا يلزم منه عدم إمكان المجتهد؛ لأن التقليد في صحة الحديث لا يقدح في الاجتهاد فتأمله. والله أعلم. 90

وقال ابن عرفة: وما أشار إليه ابن عبد السلام من يسر الاجتهاد هو ما سمعته يحكيه عن بعض الأشياخ أن قراءة مثل هذه الجزولية والمعالم الفقهية والاطلاع على أحاديث الأحكام الكبرى لعبد الحق ونحو ذلك يكفي في تحصيل أدلة الاجتهاد؛ يريد مع يسر الاطلاع على فهم مشكل اللغة بمختصر العين والصحاح للجوهري ونحو ذلك من غريب الحديث، ولا سيما مع نظر ابن القطان وتحقيقه أحاديث الأحكام وبلوغ درجة الإمامة أو ما قاربها في العلوم المذكورة غير مشترط [في[1118]] الاجتهاد إجماعا، وقال الفخر في المحصول، وتبعه السراج في تحصيله والتاج في حاصله في كتاب الإجماع ما نصه: ولو بقي من المجتهدين والعياذ بالله واحد كان قوله حجة فاستعاذتهم تدل على بقاء الاجتهاد في [عصرهم[1119]] والفخر توفي سنة ست وستمائة، [ولكن في الاستغناء[1120]] انعقد الإجماع في زماننا على تقليد الميت إذ لا مجتهد فيه. انتهى.

الحديث 1- عن عبد الله بن عمرو بن العاص قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول: إن الله لا يقبض العلم انتزاعا ينتزعه من العباد ولكن يقبض العلم بقبض العلماء حتى إذا لم يُبق عالما اتخذ الناس رؤوسا جهالا فسئلوا فأفتوا بغير علم فضلوا وأضلوا. البخاري، رقم الحديث100، ومسلم، رقم الحديث2673.

[1118] - سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 ويحيى ص40 و م ص31 ويم ص40 ومايابى66.

[1119] - في المطبوع و م ص31 عصرهما ومايابى66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 ويحيى ص40.

[1120] *- في المطبوع ولكن قالوا في كتاب الاستغناء وما بين المعقوفين من عليش على خليل ج8 ص262.

نص خليل ....

متن الحطاب

الثاني: بقي على المؤلف شرط آخر وهو أن يكون القاضي واحدا نص عليه في المقدمات، ونصه: فأما الخصال المشترطة في صحة الولاية فهي أن يكون حرا مسلما عاقلا بالغا ذكرا واحدا، فهذه الست الخصال لا يصلح أن يولى القضاء على مذهبنا إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه لم تنعقد له الولاية، وإن انخرم شيء منها بعد انعقاد الولاية سقطت الولاية. انتهى. ثم ذكر العدالة، وقال [إنها[1121]] من هذا القسم على المشهور، وإنما أخرها لأن فيه خلافا،[1122] وأما العلم والفطنة فعدهما من الصفات المستحبة كما تقدم، وممن نقل هذا الشرط ابن شاس والقرافي واستوفى ابن غازي الكلام عليه عند قول المؤلف وجاز تعدد مستقل. والله أعلم.

الثالث: قال في المقدمات: يجب أن لا يولى القضاء من أراده وطلبه وإن اجتمعت فيه شرائط القضاء، مخافة أن يوكل إليه فلا يقوم به. انتهى. ويريد إلا أن يتعين عليه فيجب عليه حينئذ السؤال وهذا في السؤال بغير بذل مال فكيف مع بذل المال؟ نسأل الله العافية والسلامة، والظاهر أنه إذا طلب فولي لا يجب عزله إذا كان جامعا لشروط القضاء. والله أعلم. فهذه المسألة مع مسألة تولية المقلد مع وجود المجتهد قسم رابع، فإنه لا تجوز التولية أولا، فإذا ولي لا ينعزل، وقال القرطبي في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة[1]} هو نهي وظاهره التحريم وعليه يدل قوله بعد {إنا لا نولي على عملنا من أراده[2]} انتهى. والله أعلم.

الرابع: قال البرزلي في مسائل الأقضية عن السيوري: إذا [تحرج[1123]] الناس لعدم القضاة أو لكونهم غير عدول فجماعتهم كافية في جميع ما وصفته، وفي جميع الأشياء، فيجتمع أهل الدين والفضل فيقومون مقام القاضي مع فقده في ضرب الآجال والطلاق وغير ذلك.

قلت: تقدم أن الجماعة تقوم مقام القاضي مع فقده إلا في مسائل تقدم شيء منها. انتهى. انظر المشذالي في كتاب الاجتهاد فإنه ذكر أن الجماعة تقوم مقام القاضي في مسائل، وذكر ذلك أيضا في كتاب الصلح، وذكره البرزلي في كتاب السلم، وقد ذكرت كلام المشذالي في باب النفقات في الطلاق على الغائب بالنفقة. والله أعلم.

الحديث

1 – مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث 1652، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه يا عبد الرحمن بن سمرة لا تسأل الإمارة فإنك إن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإن أعطيتها عن غير مسألة أعنت عليها وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فكفر عن يمينك وائت الذي هو خير، وأخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، رقم الحديث 7146.

2 – البخاري في صحيحه، كتاب الأحكام، ط دار الفجر، ولفظه عن أبي موسى رضي الله عنه قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من قومي فقال أحد الرجلين أمرنا يا رسول الله وقال الآخر مثله فقال إنا لا نولي هذا من سأله ولا من حرص عليه رقم الحديث 7149.

– مسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث 1824، ط دار إحياء التراث العربي، ولفظه عن أبي موسى قال دخلت على النبي صلى الله عليه وسلم أنا ورجلان من بني عمي فقال أحد الرجلين يا رسول الله أمرنا على بعض ما ولاك الله عز وجل وقال الآخر مثل ذلك فقال إنا والله لا نولي على هذا العمل أحدا سأله ولا أحدا حرص عليه.

1121 *- في المطبوع إنه ومياىى67 ويم66 وم31 والمثبت يحيى386.

1122 *- في يحيى386 لان فيها خلافا.

1123 – في المطبوع تجرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص90 ويحيى ص40 و يم ص40 ومايابى67.

نص خليل فَحَكَمَ بِقَوْلِ مُقَلِّدِهِ.

متن الحطاب **الخامس:** قال في الذخيرة في الباب الثالث من كتاب الأقضية في الكلام على ولاية الظالم: نص ابن أبي زيد في النوادر على أنا إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم، ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لئلا تضيع المصالح، وما أظنه يخالفه أحد في هذا، لأن التكليف مشروط بالإمكان/ وإذا جاز نصب الشهود فسقة لأجل عموم الفساد جاز التوسع في أحكام المظالم.[1124] انتهى.

91

ص: **فحكم بقول مقلده** ش: قال ابن فرحون: فصل يلزم القاضي المقلد إذا وجد المشهور أن لا يخرج عنه، وذكر عن المازري رحمه الله أنه بلغ درجة الاجتهاد، وما أفتى قط بغير المشهور، وعاش ثلاثا وثمانين سنة وكفى به قدوة في هذا، فإن لم يقف على المشهور من القولين أو الروايتين فليس له التشهي والحكم بما شاء منهما من غير نظر وترجيح، فقد قال [أبو عمر[1125]] ابن الصلاح رحمه الله [تعالى[1126]] في كتاب أدب المفتي والمستفتي: اعلم أن من يكتفي بأن يكون في فتياه أو علمه موافقا لقول أو وجه في المسألة أو يعمل بما شاء من الأقوال والوجوه من غير نظر في الترجيح فقد جهل وخرق الإجماع وسبيله سبيل الذي حكى [عنه[1127]] أبو الوليد الباجي [المالكي من[1128]] فقهاء أصحابه أنه كان يقول: [إن[1129]] الذي لصديقي علي إذا وقعت له حكومة أن أفتيه بالرواية التي توافقه، وحكى الباجي عمن يثق به أنه وقعت له واقعة فأفتى فيها وهو غائب [جماعة[1130]] من فقهائهم يعني [فقهاء[1131]] المالكية من أهل الصلاح بما يضره، فلما عاد سألهم فقالوا ما علمنا أنها لك وأفتوه بالرواية الأخرى التي [توافق قصده.[1132]] قال الباجي: وهذا [مما[1133]] لا خلاف فيه بين

الحديث ....

1124 *- في يم66 ويحيى386 في إحكام الظالم.

1125 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 هذا ما وجد في ابن الصلاح في كتاب أدب المفتي والمستفتي ج1 ص63.

1126 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1127 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1128 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1129 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص406 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1130 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1131 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1132 - في المطبوع توافقه ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1133 - سقط من المطبوع ومايابى67 ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

نص خليل ....

متن الحطاب المسلمين ممن يعتد به في الإجماع أنه لا يجوز، وقال ابن الصلاح: فإذا وجد من ليس أهلا للتخريج والترجيح اختلافا بين أئمة المذهب في الأصح من القولين أو الوجهين، فينبغي أن يفزع في الترجيح إلى صفاتهم الموجبة لزيادة الثقة بآرائهم فيعمل بقول [الأكبر[1134]] والأورع والأعلم، فإذا اختص أحدهم بصفة أخرى قدم الذي هو أحرى منهما بالإصابة، فالأعلم الورع مقدم على الأورع العالم، وكذا إذا وجد قولين أو وجهين لم يبلغه عن أحد من أئمة المذهب بيان الأصح منهما اعتبر أوصاف ناقليهما أو قائليهما.

قال ابن فرحون: وهذا الحكم جار في أصحاب المذاهب الأربعة ومقلديهم، وقال بعده بأسطر يسيرة: وهذه الأنواع من الترجيح معتبرة أيضا بالنسبة إلى أئمة المذهب. قال ابن أبي زيد في أول النوادر إن كتابه اشتمل على كثير من اختلاف المالكيين قال: ولا ينبغي الاختيار من الاختلاف للمتعلم ولا للمقصر، ومن لم يكن فيه محل لاختيار القول فله في اختيار [المتعصبين[1135]] من أصحابنا من نقادهم مقنع مثل سحنون وأصبغ وعيسى بن دينار، ومن بعدهم مثل ابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون، وابن المواز أكثرهم تكلفا للاختيارات، وابن حبيب لا يبلغ في اختياراته وقوة رواياته مبلغ من ذكرنا. انتهى كلام ابن فرحون. ثم نقل عن القرافي في كتاب الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام ما نصه: الحاكم إن كان مجتهدا لم يجز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به وإن لم يكن راجحا عنده مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه.

وأما اتباع الهوى في القضاء والفتيا فحرام إجماعا، نعم اختلف العلماء إذا تعارضت الأدلة عند المجتهد وتساوت وعجز عن الترجيح هل يتساقطان، أو يختار أحدهما يفتي به؟ قولان للعلماء، فعلى أنه يختار للفتيا فله أن يختار أحدهما يحكم به مع أنه ليس براجح عنده وهذا مقتضى الفقه والقواعد، وعلى هذا التقدير فيتصور الحكم بالراجح وغير الراجح وليس اتباعا للهوى، بل ذلك بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح وحصول التساوي، أما الفتيا والحكم بما هو مرجوح فخلاف الإجماع، وقال أيضا في أول هذا الكتاب إن للحاكم أن يحكم بأحد القولين المتساويين من غير ترجيح ولا معرفة بأدلة القولين إجماعا. فتأمل هذا مع ما سبق من كلامه في قوله بعد بذل الجهد والعجز عن الترجيح. انتهى كلام ابن فرحون. فتحصل منه أنه إذا تساوى القولان من كل وجه أو عجز عن الاطلاع على أوجه الترجيح فله أن يحكم أو يفتي بأحد القولين، ومن ابن فرحون أيضا: واعلم أنه لا يجوز للمفتي أن يتساهل في/ الفتوى، ومن عرف بذلك لم يجز أن يستفتى، والتساهل قد يكون بأن لا يتثبت ويسرع بالفتوى أو الحكم قبل استيفاء حقه من النظر والفكر، وربما يحمله على ذلك توهمه أن الإسراع براعة والإبطاء عجز، ولأن يبطىء ولا يخطىء أجمل به من أن يعجل فيضل ويضل، وقد يكون تساهله بأن تحمله الأغراض الفاسدة على تتبع الحيل المحذورة أو المكروهة بالتمسك بالشبه

92

الحديث ....

1134 – في المطبوع ومايابى67 الأكثر ويم ص40 و م ص32 ويحيى ص40 وما بين المعقوفين من ن عدود ص91 انظر المصدر السابق.

1135 – في المطبوع المفتيين وما بين المعقوفين من ن عدود وأصل الكلام في النوادر ج1 ص11 ووردت فيه المتعقبين.

نص خليل ....

متن الحطاب طلبا للحرص على من يروم نفعه، أو التغليظ على من يروم ضرره. قال ابن الصلاح: ومن فعل ذلك فقد هان عليه دينه. قال: وأما إذا صح قصد المفتي واحتسب في طلب حيلة لا شبهة فيها ولا تجر إلى مفسدة ليخلص بها [المستفتي[1136]] من ورطة يمين أو نحوها فذلك حسن جميل، وقال القرافي: إذا كان في المسألة قولان أحدهما فيه تشديد والآخر فيه تسهيل، فلا ينبغي للمفتي أن يفتي العامة بالتشديد والخواص وولاة الأمور بالتخفيف، وذلك قريب من الفسوق والخيانة في الدين والتلاعب بالمسلمين، وذلك دليل فراغ القلب من تعظيم الله تعالى وإجلاله وتقواه وعمارته باللعب وحب الرياسة والتقرب إلى الخلق دون الخالق نعوذ بالله من صفات الغافلين والحاكم كالمفتي في هذا. انتهى.

فروع: **الأول**: ما تقدم عن القرافي إنما هو إذا وجد في النازلة نصا، فأما إن لم يجد فنقل في التوضيح عند قول ابن الحاجب: فيلزمه المصير إلى قول مقلده عن ابن العربي ما نصه: ويقضي حينئذ بفتوى مقلده بنص النازلة فإن قاس على قوله أو قال يجيء من كذا كذا فهو متعد. خليل: وفيه نظر، والأقرب جوازه للمطلع على مدارك إمامه. انتهى.

وقال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن العربي: قلت: يرد كلامه بأنه يؤدي إلى تعطيل الأحكام؛ لأن الفرض عدم المجتهد؛ لامتناع تولية المقلد مع وجوده، فإذا كان حكم النازلة غير منصوص عليه ولم يجز للمقلد المولى القياس على قول مقلده في نازلة أخرى تعطلت الأحكام، وبأنه خلاف عمل متقدمي أهل المذهب كابن القاسم في المدونة في قياسه على أقوال مالك، ومتأخريهم كاللخمي وابن رشد والتونسي والباجي وغير واحد من أهل المذهب، بل من تأمل كلام ابن رشد وجده يعد اختياراته بتخريجاته في تحصيله الأقوال أقوالا. انتهى.

وقد عد هو -أعني ابن عرفة- فتوى ابن عبد الرؤوف وابن السباق وابن دحون ونحوهم أقوالا ذكر ذلك في السلم في شرط كونه يتعلق بالذمم، ونقل لابن الطلاع قولا في المذهب نقله في غسل الوجه في الوضوء وجعله مقابلا لقول ابن القصار، وكأن الشيخ [خليلا[1137]] وابن عرفة لم يقفا على كلام القرافي في الذخيرة وبحثه مع ابن العربي، ونصه بعد أن ذكر كلام ابن العربي: تنبيه: قوله فإن قاس على قوله فهو متعد قال العلماء المقلد قسمان؛ محيط بأصول مذهب مقلده وقواعده بحيث تكون نسبته إلى مذهبه كنسبة المجتهد المطلق إلى أصول الشريعة وقواعدها فهذا يجوز له التخريج والقياس بشرائطه كما جاز للمجتهد المطلق، وغير محيط فلا يجوز له التخريج؛ لأنه كالعامي بالنسبة إلى حملة الشريعة فينبغي أن يحمل قوله على القسم الثاني فيتجه وإلا فمشكل.انتهى من الباب الثاني.

وقال في الباب الخامس: المقلد له حالان تارة يحيط بقواعد مذهبه فيجوز له تخريج غير المنصوص على المنصوص بشرط تعذر الفرق ومع إمكانه يمتنع؛ لأن نسبته إلى إمامه وقواعده كنسبة المجتهد المطلق إلى صاحب الشريعة وشريعته حكما، فكما للمجتهد المطلق التخريج عند عدم الفارق ويمتنع عند الفارق فكذلك هذا المقلد، وتارة لا يحيط بقواعد مذهبه فلا يجوز له التخريج، وإن بعد الفارق لاحتمال أنه لو اطلع على قواعد مذهبه لأوجب له الاطلاع الفرق، ونسبته إلى مذهبه كنسبة من دون المجتهد المطلق إلى [جملة[1138]] الشريعة، فكما يحرم على

الحديث ....

[1136] - في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 92 ويحيى ص41 ويم ص41 و م ص32 ومايابى68.

[1137] - في المطبوع ويم67 ويحيى387 وم32 خليل وما بين المعقوفين من ن ز. ص92

[1138] - في المطبوع حملة وما بين المعقوفين من م32 ويم67 ومايابى69.

نص خليل ....

متن الحطاب 93

المقلد التخريج فيما ليس مذهب العلماء ويحرم عليه اتباع الأدلة ويجب عليه أن لا يعمل إلا بقول عالم، وإن/ لم يظهر له دليله لقصوره عن رتبة الاجتهاد فكذلك هذا، وهو المراد بما تقدم في شروط القضاء أنه لا يخرج ولا يحكم إلا بالمنصوص فافهم هذا [التحرير[1139]] فإنه يطرد في الفتيا أيضا. انتهى.

وقال ابن رشد في أجوبته في جواب سؤال سئل عنه: والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزما للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول؛ لأنه لا يكون للمذهب المالكي إلا بما بان له من صحة أصوله، فسبيل هذا القاضي فيما يمر به من نوازل الأحكام التي لا نص عنده فيها من قول مالك أو قول بعض أصحابه [الذي[1140]] قد بانت له [صحته[1141]] أن لا يقضي فيها إلا بفتوى من يسوغ له الاجتهاد ويعرف وجه القياس إن وجده في بلده وإلا طلبه في غير بلده، فإن قضى فيه برأيه ولا رأي له أو برأي من لا رأي له كان حكمه موقوفا على النظر، ويأمر الإمام القاضي إذا لم يكن من أهل الاجتهاد ولا كان في بلده من يسوغ له الاجتهاد [أن[1142]] لا يقضي فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد. انتهى.

وسيأتي كلامه على الطائفة التي أحال عليها في الكلام على المفتي، وقال ابن الحاجب: فإن لم يوجد مجتهد فمقلد فيلزمه المصير إلى قول مقلده، وقيل لا يلزمه، وقيل لا يجوز له إلا باجتهاده. قال ابن عبد السلام: يعني إن ولي مقلد لعدم المجتهد فهل يلزمه الاقتصار على قول إمامه أو لا يلزمه ذلك، والأصل عدم اللزوم، وهو الأقرب إلى عادة المتقدمين فإنهم ما كانوا يحجرون على العوام اتباع عالم واحد ولا يأمرون من سأل أحدهم عن مسألة أن لا يسأل غيره، لكن الأولى عندي في حق القاضي لزوم طريقة واحدة، وأنه إذا قلد إماما لا يعدل عنه لغيره لأن ذلك يؤدي إلى اتهامه بالميل مع أحد الخصمين ولما جاء من النهي عن الحكم في قضية بحكمين مختلفين. انتهى.

قال ابن عرفة إثر نقله له: قلت: حمله كلام المؤلف على أن في لزوم المقلد اتباع قول إمامه وجواز انتقاله عنه إلى قول غيره قولين فيه نظر؛ لأن القولين على هذا الوجه ليسا بموجودين في المذهب فيما أدركت، والصواب تفسير القولين بما قدمناه من قول ابن العربي بنص قول مقلده، فإن قاس عليه أو قال يجيء من كذا فهو متعد وبقول التونسي واللخمي وابن رشد والباجي وأكثر الشيوخ بالتخريج من قول مالك وابن القاسم وغيرهما حسبما قدمناه عنهم.انتهى. بل في نظره نظر ولا أرجحية لحمله؛ لأن القولين اللذين فسر ابن عبد السلام بهما كلام ابن الحاجب موجودان، أما الأول فبقول ابن العربي يحكم بفتوى مقلده بنص النازلة، والثاني حكاه في الجواهر عن الطرطوشي، ونصه: ولا يلزم أحدا من

الحديث ....

[1139] - في المطبوع التخريج (ومايابى69 التجريد) و(م33 التحذير) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 93 ويحيى41.

[1140] *- في المطبوع التي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1141] - في المطبوع ومايابى69 صحة وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 93 ويحيى ص41 ويم ص41.

[1142] - في المطبوع ومايابى69 لا يقضي ويحيى ص41 ويم ص41 و م ص33 لا يقضي وما بين المعقوفين من ن الزائد ص 93.

نص خليل ....

متن الحطاب المسلمين أن يقلد في النوازل والأحكام من يعتزى إلى مذهبه فمن كان مالكيا لم يلزمه المصير في أحكامه إلى قول مالك، وهكذا القول في سائر المذاهب بل أينما أداه اجتهاده من الأحكام صار إليه، فإن شرط على القاضي أن يحكم بمذهب إمام معين فالعقد صحيح والشرط باطل كان موافقا لمذهب المشترط أو مخالفا له. انتهى من التوضيح. وانظر هذا مع ما نقله ابن فرحون في تبصرته في الباب الرابع من القسم الأول فإنه نقل عن الطرطوشي أن العقد باطل والشرط باطل. انتهى. فتأمله. ثم قال ابن عبد السلام: وقوله وقيل لا يجوز إلا باجتهاده؛ يعني أنه لا يجوز تولية المقلد ألبتة ويرى هذا القائل أن رتبة الاجتهاد موجودة لزمن انقطاع العلم كما أخبر به صلى الله عليه وسلم، وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطأ.

قال ابن عرفة: حمله على عدم تولية المقلد مطلقا هو ظاهر لفظه، وقبوله إياه يقتضي وجوده في المذهب، ولا أعرفه في المذهب إلا ما حكاه المازري عن الباجي في تعليله منع تولية قاضيين لا ينفذ حكم أحدهما دون/ الآخر، فإن ذلك يوجب التعطيل؛ لأن غالب المجتهدين الخلاف، والمقلدان توليتهما ممنوعة. كذا نقل المازري عن الباجي، ولم أجده له في المنتقى ولا في كتاب ابن زرقون. انتهى. ثم ذكر ما نقلناه عنه أولا وهو قوله وما أشار إليه من يسر الاجتهاد إلى آخره. ثم قال: والأظهر تفسير كلام ابن الحاجب بجعل الضمير المخفوض في قوله: "باجتهاده" عائدا على "مقلده" بفتح اللام، ومعناه أنه يجوز للقاضي المقلد لمالك مثلا في المسألة التي لا نص فيها أن يجتهد فيها باجتهاد إمامه؛ أي بقواعده المعروفة له في طرق الأحكام الكلية كقاعدته في تقديم عمل أهل المدينة على خبر الواحد العدل وعلى القياس، وكقوله بسد الذرائع إلى غير ذلك من قواعده المخصوصة به في أصول الفقه، ولا يجوز له أن يجتهد في القياس على قوله اجتهادا مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به، فيتحصل من نقل ابن الحاجب في اجتهاد المقلد فيما لا نص لمقلده فيه ثلاثة أقوال: المنع مطلقا، وهو نص ابن العربي، وهو ظاهر ما تقدم من نقل الباجي، ولا يفتي إلا من هذه صفته إلا أن يخبر بشيء سمعه.

والثاني جواز القياس مطلقا من غير مراعاة قواعده الخاصة به وهو قول اللخمي وفعله، ولذا قال عياض في مداركه [اختيارات خرج[1143]] بكثير منها عن المذهب. الثالث جواز اجتهاده بعد مراعاة قواعد إمامه الخاصة به، وهذا هو مسلك ابن رشد والمازري والتونسي وأكثر الإفريقيين الأندلسيين، وأما الملازمة في قوله: "وإلا كانت الأمة مجتمعة على الخطإ" ففي صدقها نظر؛ لأن تقديرها إن خلا الزمان عن مجتهد اجتمعت الأمة على الخطإ، وهذه مصادرة؛لأنه لا يلزم كونها مخطئة إلا إذا ثبت عدم الاكتفاء بالتقليد، وأما إذا كان جائزا فلا، والمسألة مشهورة في أصول الفقه. قال ابن الحاجب: يجوز خلو الزمان عن مجتهد خلافا للحنابلة زاد الآمدي وغيره وجوزه آخرون وهو المختار. انتهى. وقال المشذالي في حاشيته: ولا خلاف بين المحققين أن القاضي في هذا الزمان مفتقر إلى حفظ واسع واطلاع بارع وإدراك جيد نافع وخصوصا المدونة فإن فيها [رزمة[1144]]

94

الحديث ....

[1143] – في المطبوع اختيارات له خرج وما بين المعقوفين من ن ذي وم33 ويم68.

[1144] – في المطبوع أزمة وما بين المعقوفين من م33 ويحيى42 ومايابى71.

نص خليل ....

متن الحطاب وافرة فيما يرجع إلى اقتناص الأحكام، ومن كتب الأحكام المتيطية فإن فيها جملة صالحة والتوفيق بيد الله. [انتهى.[1145]]

الثاني: وأما شرط الفتوى فقال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في الفتوى وصفة المفتي فقال: الذي أقول به في ذلك أن الجماعة التي تنسب إلى العلوم وتتميز عن جملة العوام بالمحفوظ والمفهوم تنقسم على ثلاث طوائف؛ طائفة منهم اعتقدت صحة مذهب مالك تقليدا بغير دليل فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه دون التفقه في معانيها بتمييز [الصحيح[1146]] منها والسقيم، وطائفة اعتقدت صحة مذهبه بما بان لها من صحة أصوله التي بناه عليها فأخذت أنفسها بحفظ مجرد أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه وتفقهت في معانيها فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج إلا أنها لم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول.

وطائفة اعتقدت صحة [مذهبه[1147]] بما بان لها أيضا من صحة أصوله، [فأخذت أنفسها لحفظ أقواله وأقوال أصحابه في مسائل الفقه، ثم تفقهت [في[1148]] معانيها، فعلمت الصحيح منها الجاري على أصوله من السقيم الخارج عنها، وبلغت درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول[1149]]؛ لكونها عالمة بأحكام القرآن عارفة بالناسخ والمنسوخ والمفصل والمجمل والخاص من العام عالمة بالسنن الواردة في الأحكام مميزة بين صحيحها من معلولها عالمة بأقوال العلماء من الصحابة والتابعين ومن بعدهم من فقهاء الأمصار وبما اتفقوا عليه واختلفوا فيه عالمة من علم اللسان بما يفهم به معاني الكلام عالمة بوضع الأدلة في مواضعها، فأما الطائفة الأولى فلا يصح لها الفتوى بما علمته وحفظته من قول مالك وقول أحد من أصحابه؛ إذ لا علم عندها بصحة شيء من ذلك؛ إذ لا يصح الفتوى بمجرد التقليد من غير علم ويصح لها في خاصتها إن لم تجد من يصح لها أن تستفتيه [أن[1150]] تقلد مالكا أو غيره من أصحابه فيما حفظته من أقوالهم، وإن لم يعلم من نزلت به نازلة [بما حفظته[1151]] فيها من قول مالك/ وأصحابه، فيجوز للذي نزلت به النازلة أن يقلده فيما حكاه له من قول مالك في نازلته ويقلد مالكا في الأخذ بقوله فيها، وذلك أيضا إذا لم يجد في عصره من يستفتيه في نازلته فيقلده فيها، وإن كانت النازلة قد علم فيها اختلافا من قول مالك وغيره فأعلمه بذلك كان حكمه في ذلك حكم العامي إذا استفتى العلماء في نازلته فاختلفوا عليه فيها، وقد اختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: أحدها أنه يأخذ بما شاء من ذلك، والثاني أنه يجتهد في ذلك فيأخذ في ذلك بقول أعلمهم، والثالث أنه يأخذ بأغلظ الأقوال، وأما الطائفة الثانية فيصلح لها إذا استفتيت أن تفتي بما علمته من قول مالك وقول

95

الحديث ....

1145 – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى42 ويم42 وم33 ومايابى71.
1146 – في المطبوع الصيح وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص42 ويم ص42 و م ص33 ومايابى71.
1147 – في المطبوع مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص42 ويم ص42 و م ص33 ومايابى71.
1148 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.
1149 – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ومايابى71.
1150 – في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص42 ويم ص42 و م ص33 ومايابى71.
1151 – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص42 ويم ص42 و م ص33 ومايابى71.

نص خليل ....

متن الحطاب غيره من أصحابه إذا كانت قد بانت لها صحته، كما يجوز لها في خاصتها الأخذ بقوله إذا بانت لها صحته ولا يجوز لها أن تفتي بالاجتهاد فيما لا تعلم فيه نصا من قول مالك أو قول غيره من أصحابه، وإن كانت قد بانت لها صحته؛ إذ ليست ممن كمل لها آلات الاجتهاد [التي[1152]] يصح لها بها قياس الفروع على الأصول، وأما الطائفة الثالثة فهي التي يصح لها الفتوى عموما بالاجتهاد والقياس على الأصول التي هي الكتاب والسنة وإجماع الأئمة بالمعنى الجامع بينها وبين النازلة، [أو[1153]] على ما قيس عليها إن [عدم[1154]] القياس عليها، ومن القياس جلي وخفي لأن المعنى الذي يجمع بين الأصل والفرع قد يعلم قطعا بدليل قاطع لا يحتمل التأويل.

وقد يعلم بالاستدلال فلا يوجب إلا غلبة الظن، ولا يرجع إلى القياس الخفي إلا بعد القياس الجلي، وهذا كله يتفاوت العلماء في التحقيق بالمعرفة به تفاوتا بعيدا وتفترق أحوالهم أيضا في جودة الفهم لذلك وجودة الذهن فيه افتراقا بعيدا؛ إذ ليس العلم الذي هو الفقه في الدين بكثرة الرواية والحفظ وإنما هو نور يضعه الله حيث يشاء، فمن اعتقد في نفسه أنه ممن تصح له الفتوى بما آتاه الله عز وجل من ذلك النور المركب على المحفوظ المعلوم جاز له إن استفتي أن يفتي، وإذا اعتقد الناس فيه ذلك جاز له أن يفتي فمن الحق للرجل أن لا يفتي حتى يرى نفسه أهلا لذلك ويراه الناس أهلا له على ما حكى مالك [من[1155]] أن ابن هرمز أشار بذلك على من استشاره السلطان فاستشاره في ذلك، وقد أتى ما ذكرناه على ما سألت عنه من بيان صفات المفتي التي ينبغي أن يكون عليها في هذا العصر؛ إذ لا تختلف صفات المفتي التي [يلزم[1156]] أن يكون عليها باختلاف الأعصار.

وأما السؤال عن بيان ما يلزم في مذهب مالك لمن أراد في هذا الوقت أن يكون مفتيا على مذهب مالك فإنه سؤال فاسد؛ إذ ليس أحد بالخيار في أن يفتي على مذهب مالك ولا على مذهب غيره من العلماء، بل يلزمه ذلك إذا قام عنده الدليل على صحته، ولا يصح له إن لم يقم عنده الدليل على صحته، والسؤال عن الحكم في أمر القاضي إذا كان ملتزما للمذهب المالكي وليس في نظره من نال درجة الفتوى ولا هو في نفسه أهل لذلك قد مضى القول عليه فيما وصفناه من حال الطائفة التي عرفت صحة مذهب مالك، ولم تبلغ درجة التحقيق بمعرفة قياس الفروع على الأصول، وذكر بقية كلامه المتقدم في الفرع الذي قبل هذا، وقال ابن عرفة: وأما شرط الفتوى ففيها لا ينبغي لطالب العلم أن يفتي حتى يراه الناس أهلا للفتوى، وقال سحنون الناس هنا العلماء. قال ابن هرمز: ويرى هو نفسه أهلا لذلك. قال القرافي إثر هذا الكلام: وما أفتى مالك حتى أجازه أربعون محنكا؛ لأن [التحنك[1157]] وهو اللثام تحت الحنك من شعار العلماء حتى إن مالكا سئل عن الصلاة بغير حنك فقال لا بأس بذلك، وهذه إشارة إلى تأكيد التحنيك وهذا

الحديث ....

1152 *- في المطبوع الذي ومايابى71 ويحيى389 وم34.

1153 - في المطبوع يم ص42 مك ص33 وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 94 ويحيى ص42 ومايابى72.

1154 - في المطبوع يحيى ص43 ويم ص42 و م ص34. قدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 95 ومايابى72.

1155 *- في المطبوع عن والمثبت من يم63 وم34 ومیابی72 ويحيى389.

1156 *- في المطبوع تلزم ويحيى389 وم34 والمثبت من يم69 ومايابى72.

1157 *- في المطبوع الحنك وما بين المعقوفين من فروق القرافي ج2 ص546.

نص خليل ....

متن الحطاب

شأن الفتيا في الزمن المتقدم، وأما اليوم فقد خرق هذا السياج، وهان على الناس أمر دينهم، فتحدثوا فيه بما يصلح وما لا يصلح، وعسر عليهم اعترافهم بجهلهم، وأن يقول أحدهم لا أدري فلا جرم آل الحال بالناس إلى هذه الغاية بالاقتداء بالجهال والمتجرئين على دين الله تعالى. انتهى. / 96

قلت: وقع هذا في رسم الشجرة من جامع العتبية لابن هرمز فيما ذكره مالك عنه، وليس فيه ويرى نفسه أهلا لذلك، فقال ابن رشد زاد في هذه الحكاية في كتاب الأقضية من المدونة ويرى نفسه أهلا لذلك وهي زيادة حسنة؛ لأنه أعرف بنفسه، وذلك أن يعلم [من[1158]] نفسه أنه كملت له آلات الاجتهاد وذلك علمه بالقرآن وناسخه ومنسوخه ومفصله من مجمله وعامه من خاصه وبالسنة مميزا بين صحيحها وسقيمها عالما بأقوال العلماء وما اتفقوا عليه وما اختلفوا فيه عالما بوجوه القياس ووضع الأدلة مواضعها وعنده من علم اللسان ما يفهم به معاني الكلام، وفي نوازل ابن رشد أنه سئل عمن قرأ الكتب المستعملة مثل المدونة والعتبية دون رواية أو الكتب المتأخرة التي لا توجد فيها رواية هل يستفتى وإن أفتى وقد قرأها دون رواية هل تجوز شهادته أم لا؟ فأجاب من قرأ هذه الكتب وتفقه فيها على الشيوخ وفهم معناها وأصول مسائلها من الكتاب والسنة والإجماع، وذكر ما نقلناه عنه في البيان في كلامه السابق. ثم قال: فهذا يجوز له أن يفتي فيما ينزل ولا نص فيه باجتهاده. قال: ومن لم يلحق هذه الدرجة لم يصلح أن يستفتى في المجتهدات التي لا نص فيها، ولا يجوز له أن يفتي في شيء منها إلا أن يعلم برواية عن عالم فيقلده فيما يخبر به وإن كان فيها اختلاف أخبر بالذي ترجح عنده إن كان ممن له فهم ومعرفة بالترجيح.

قلت: وهذا حال كثير ممن أدركناه وأخبرنا عنهم أنهم كانوا يفتون ولا قراءة لهم في العربية فضلا عما سواها من أصول الفقه، وقد ولي خطتي قضاء الأنكحة والجماعة بتونس من قال ما فتحت كتابا في العربية على أحد، ومثله ولي القضاء في أوائل هذا القرن ببجاية، وقد رأيت بعض هؤلاء يقرؤون التفسير، وأخبرت أن بعضهم كان منعه قاضي وقته فلما مات أقرأه، وأفتى ابن عبد السلام بوجوب منع من لم يكن له مشاركة في علم العربية من إقراء التفسير ثم كان في حضرته من يقرئه بل ولاه محل إقرائه وهو ممن لم يقرأ في العربية كتابا، والله أعلم بحال ذلك كله، وفي المقدمات: ينبغي للقاضي أن يكون عالما بما لا بد منه من العربية واختلاف معاني العبارات لاختلاف المعاني باختلاف العبارات في الدعاوى والإقرار والشهادات، وقال القرافي ما حاصله يجوز لمن حفظ رواية المذهب وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه منها، وما ليس محفوظا له منها لا يجوز له تخريجه على ما هو محفوظ له منها إلا إن حصل علم أصول الفقه وكتاب القياس وأحكامه وترجيحاته وشرائطه وموانعه وإلا حرم عليه التخريج قال: وكثير من الناس يقدمون على التخريج دون هذه الشرائط بل صار يفتي من لم يحط بالتقييدات ولا التخصيصات من منقول إمامه وذلك فسق ولعب، وشرط التخريج على قول إمامه أن يكون القول المخرج عليه ليس مخالفا للإجماع ولا لنص ولا لقياس

الحديث ....

1158 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 96 ويحيى ص43 ويم ص42 و م ص34 ومايابى72.

نص خليل ....

متن الحطاب جلي؛ لأن القياس عليه حينئذ معصية وقول إمامه ذلك غير معصية لأنه باجتهاد أخطأ فيه فلا يأثم، وتحصيل حفظ القواعد الشرعية إنما هو بالمبالغة في تحصيل مسائل الفقه بأصولها وأصول الفقه لا تفيد ذلك ولذا ألفت هذا الكتاب المسمى بالقواعد.

قلت: قوله ليس مخالفا للإجماع ولا لنص، أما الإجماع فمسلم، وأما النص فليس كذلك لنص مالك في كتاب الجامع من العتبية وغيره على مخالفة نص الحديث الصحيح إذا كان العمل بخلافه. انتهى. وكلام القرافي هذا في الفرق الثامن [والسبعين[1159]] وقول ابن عرفة في أول الكلام، وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها أن يفتي بمحفوظه. عبارة القرافي: فهذا يجوز له أن يفتي بجميع ما يحفظه وينقله من مذهبه اتباعا لمشهور ذلك المذهب بشروط الفتيا. انتهى. واختصر ابن عرفة كلامه فيه جدا قال القرافي في الفرق المذكور: وكل شيء أفتى به المجتهد فوقعت فتياه فيه على خلاف الأصل

97 والقواعد والإجماع والنص والقياس الجلي/ السالم عن المعارض الراجح لا يجوز لمقلده أن ينقله للناس، ولا يفتي به في دين الله تعالى، فإن هذا الحكم لو حكم به حاكم لنقضناه، وما لا نقره شرعا بعد تقرره بحكم الحاكم أولى أن لا نقره إذا لم يتأكد، وهذا لم يتأكد فلا نقره، والفتيا بغير شرع حرام فالفتيا بهذا حرام، وإن كان الإمام المجتهد غير عاص فعلى أهل العصر تفقد مذاهبهم، فكل ما وجدوه من هذا النوع يحرم عليهم الفتيا به ولا يعرى مذهب من المذاهب عنه، لكنه قد يقل وقد يكثر غير أنه لا يقدر أن يعرف هذا من مذهبه إلا إن عرف القواعد والقياس الجلي والنص الصريح وعلة المعارض لذلك، وذلك يعتمد تحصيل الفقه والتبحر في الفقه، فإن القواعد ليست مستوعبة في أصول الفقه، بل للشريعة قواعد كثيرة جدا عند أئمة الفقه، والفتوى لا توجد في كتب أصول الفقه أصلا، وذلك هو الباعث لي على تصنيف هذا الكتاب لضبط تلك القواعد بحسب طاقتي وباعتبار هذا الشرط يحرم على أكثر الناس الفتيا. فتأمل ذلك فإنه أمر لازم، ولذلك كان السلف رضي الله عنهم يتوقفون في الفتيا توقفا شديدا. انتهى.

قلت: والظاهر أن قول القرافي وعلم مطلقها ومقيدها وعامها وخاصها يعني غلب على ظنه أن هذه الرواية مطلقة وهذه مقيدة، وأما القطع بأن هذه الرواية ليست مقيدة فبعيد، ويكفي الآن في ذلك وجود المسألة في التوضيح أو في ابن عبد السلام. قال ابن فرحون: قال المازري في كتاب الأقضية: الذي [يفتي في هذا[1160]] الزمان أقل مراتبه في نقل المذهب أن يكون قد استبحر في الاطلاع على روايات المذهب وتأويل الشيوخ لها وتوجيههم لما وقع فيها من اختلاف ظواهر واختلاف مذاهب، وتشبيههم مسائل بمسائل قد يسبق إلى النفس تباعدها وتفريقهم بين مسائل ومسائل قد يقع في النفس تقاربها وتشابهها إلى غير ذلك مما بسطه المتأخرون في كتبهم، وأشار إليه المتقدمون من أصحاب مالك في كثير من رواياتهم فهذا لعدم النظار يقتصر على نقله عن المذهب. انتهى. وفي آخر خطبة البيان والتحصيل لابن رشد قال: إذا جمع الطالب المقدمات إلى هذا الكتاب -يعني البيان والتحصيل- حصل على

الحديث ....

[1159] *- في المطبوع والتسعين وما بين المعقوفين من م34 وسيد15 ومايابى73 ويم ويحيى390.

[1160] *- في المطبوع يفتي به في هذا وما بين المعقوفين من يم70 وم34 ويحيى390.

نص خليل ....

متن الحطاب معرفة ما لا يسع جهله من أصول الديانات وأصول الفقه وعرف العلم من طريقه وأخذه من بابه وسبيله وأحكم رد الفرع إلى الأصل واستغنى بمعرفة ذلك كله عن الشيوخ في المشكلات وحصل في درجة من يجب تقليده في النوازل المعضلات ودخل في زمرة العلماء الذين أثنى الله عليهم في غير ما آية من كتابه ووعدهم فيه بترفيع الدرجات. انتهى. وقد تقدم في أول المختصر عند قول المصنف: "مبينا لما به الفتوى" في الكلام على الديباجة بعض هذه النصوص وشيء من هذا المعنى. والله أعلم.

الثالث: لم يتعرض المؤلف لما تنعقد به الولاية، وقال ابن بشير في التحرير: لانعقاد الولاية ثلاثة شروط: العلم بشرائط الولاية في المولى، فإن لم يعلمها إلا بعد التقليد استأنفه. الثاني: ذكر المولى له كالقضاء أو الإمارة فإن جهل ذلك فسدت. الثالث: ذكر البلد الذي عقدت عليه الولاية ليمتاز عن غيره. انتهى. ونقله القرافي، ونقله ابن فرحون عن ابن الأمين.

الرابع: قال ابن فرحون: قال الشيخ أبو إسحاق إبراهيم بن يحيى بن الأمين القرطبي: الألفاظ التي تنعقد بها الولايات أربعة صريح وكناية، فالصريح أربعة ألفاظ وهي وليتك وقلدتك واستخلفتك واستنبتك، والكناية ثمانية ألفاظ؛ وهي اعتمدت عليك وعولت عليك ورددت إليك وجعلت إليك وفوضت إليك ووكلت إليك وأسندت إليك. قال غيره وعهدت إليك، وتحتاج الكناية إلى أن يقترن بها ما ينفي الاحتمال مثل احكم فيما اعتمدت عليك فيه وشبه ذلك. انتهى. ونقله ابن بشير في التحرير.

الخامس: قال ابن عرفة: وتولية الإمام قاضيه تثبت بإشهاده بها نصا، والأصح ثبوتها بالاستفاضة الدالة على توليته والقرائن/ على علم ذلك ومنع بعضهم ثبوتها بكتاب يقرأ على الإمام إن لم ينظر الشهود في الكتاب المقروء لجواز أن يقرأ القارىء ما ليس في الكتاب، ولو قرأه الإمام صحت. 98

قلت: سماع الإمام المقروء عليه مع سماعه وسكوته يحصل العلم ضرورة بتوليته إياه، ونقل المتيطي وغيره عن المذهب ثبوت ولايته بشهادة السماع. انتهى. وقوله: "يقرأ على الإمام" كذا في النسخة التي رأيت منه، وهو الذي يقتضيه بحثه، والذي في تبصرة ابن فرحون عن الإمام وهو الظاهر. والله أعلم. وانظر نوازل ابن رشد في مسائل الأقضية.

السادس: قال ابن فرحون: إذا كان القاضي المولى غائبا وقت الولاية فإنه يجوز أن يكون قبوله على التراخي عند بلوغ التقليد إليه وعلامة القبول شروعه في العمل، وبهذا جرى عمل الصحابة رضي الله عنهم ومن بعدهم إلى وقتنا هذا. انتهى. وقال في الذخيرة: فرع: قال الشافعية يجوز انعقاد ولاية القاضي بالمكاتبة والمراسلة كالوكالة وقواعدنا تقتضيه، قالوا فإن كان التقليد باللفظ مشافهة فالقبول على الفور لفظا كالإيجاب، وفي المراسلة يجوز على التراخي بالقول. قالوا وفي القبول بالشروع في النظر خلاف، وقواعدنا تقتضي الجواز؛ لأن المقصود هو الدلالة على ما في النفس. انتهى.

السابع: قال في الذخيرة: قال الشافعية إذا انعقدت الولاية لا يجب على المتولي النظر حتى تشيع ولايته في عمله ليذعنوا له، وهو شرط أيضا في وجوب الطاعة وقواعد الشريعة تقتضي ما قالوه فإن التمكن والعلم شرطان في التكليف عندنا وعند غيرنا، فالشياع يوجب له المكنة والعلم لهم. انتهى.

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب **الثامن:** قال ابن الحاجب: وللإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه في الاجتهاد أو التقليد، ولو شرط الحكم بما يراه كان الشرط باطلا والتولية صحيحة. قال الباجي: كان في سجلات قرطبة ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده. قال في التوضيح: للإمام أن يستخلف من يرى غير رأيه كالمالكي يولي شافعيا أو حنفيا ولو شرط أي الإمام على القاضي الحكم بما يراه الإمام من مذهب معين أو اجتهاد له كان الشرط باطلا وصح العقد، وهكذا نقله في الجواهر عن الطرطوشي، وقال غيره العقد غير جائز وينبغي فسخه ورده، وهذا إنما هو إذا كان القاضي مجتهدا، وهكذا فرض المازري المسألة فيه، قال: وإن كان الإمام مقلدا وكان متبعا لمذهب مالك واضطر إلى ولاية قاض مقلد لم يحرم على الإمام أن يأمره أن يقضي بين الناس بمذهب مالك، ويأمره أن لا يتعدى في قضائه مذهب مالك لما يراه من المصلحة في أن يقضي بين الناس بما عليه أهل الإقليم والبلد الذي هذا القاضي منه ولي عليهم، وقد ولى سحنون رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وأمره أن لا يتعدى الحكم بمذهب أهل المدينة، وقوله: قال الباجي: كان في سجلات قرطبة، ولا يخرج عن قول ابن القاسم ما وجده. هكذا نقله الطرطوشي عن الباجي [الطرطوشي[1161]] وهو جهل عظيم منهم يريد لأن الحق ليس في شيء معين. قال ابن رشد: وما نقل عن سحنون من ولاية ذلك الشخص على أن لا يخرج عن أقوال أهل المدينة يريد قولهم. انتهى.

وقال ابن عرفة في أثناء الكلام على استخلاف القاضي نائبا: وشرط المستخلف على مستخلفه الحكم بمذهب معين وإن خالف معتقد المستخلف اجتهادا أو تقليدا، [مخرج[1162]] على شرط ذلك الإمام في توليته قاضيه عليه في صحته وبطلان توليته بذلك، ثالثها يبطل الشرط فقط لظاهر نقلهم عن سحنون أنه ولى رجلا سمع بعض كلام أهل العراق وشرط عليه الحكم بمذهب أهل المدينة. المازري: مع احتمال كون الرجل مجتهدا مع نقل. الباجي: كان الولاة عندنا بقرطبة يشترطون على من ولوه القضاء في سجله أن لا يخرج عن مذهب ابن القاسم ما وجده، والطرطوشي لقوله فيما حكاه الباجي: هذا جهل عظيم، ونقل المازري عن بعض الناس مع تخريجه على أحد الأقوال بإبطال فاسد الشرط في عقد البيع مع صحة/ البيع. قال: وقال بعض الناس إن كان القاضي على مذهب مشهور وعليه عمل أهل بلده نهي عن الخروج عن ذلك المذهب، وإن كان مجتهدا أداه اجتهاده إلى الخروج عنه لتهمته أن يكون خروجه حيفا أو هوى، وهذا القول عمل بمقتضى السياسة، ومقتضى الأصول خلافه، والمشروع اتباع المجتهد مقتضى اجتهاده. اهـ. 99

التاسع: قال ابن فرحون في تبصرته: اختلف في قبول ولاية القضاء من الأمير غير العادل، ففي رياض النفوس في طبقات علماء إفريقية لأبي محمد عبد الله بن محمد المالكي: قال سحنون: اختلف أبو محمد عبد الله بن فروخ وابن غانم قاضي إفريقية وهما [من[1163]] رواة مالك رحمهم الله، فقال ابن فروخ لا ينبغي لقاض إذا ولاه أمير غير عدل أن يلي القضاء، وقال ابن غانم يجوز أن يلي وإن كان

الحديث ....

[1161] *- ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من يم70 وسيد15 ومايابى75.

[1162] *- في المطبوع فخرج وما بين المعقوفين من م36.

[1163] - ساقطة من المطبوع ومايابى76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 99 وأصل الكلام في تبصرة ابن فرحون ج1 ص19.

نص خليل وَنَفَذَ حُكْمُ أَعْمَى وَأَبْكَمَ وَأَصَمَّ وَوَجَبَ عَزْلُهُ.

متن الحطاب الأمير غير عدل، فكتب بها إلى مالك، فقال مالك: أصاب الفارسي؛ يعني ابن فروخ، وأخطأ الذي يزعم أنه عربي؛ يعني ابن غانم.

العاشر: قال في الذخيرة في الكلام على الولاية الخامسة التي هي وظيفة القضاء: قال اللخمي: إقامة الحكم للناس واجب لأنه أمر بالمعروف ونهي عن المنكر، فعلى ولي الأمر أن ينظر في أحكام المسلمين إن كان أهلا أو يقيم للناس من ينظر، فإن لم يكن للموضع ولي أمر كان ذلك لذوي الرأي والثقة، فما اجتمع رأيهم عليه أن يصلح أقاموه. انتهى. وقال المازري في شرح التلقين: القضاء ينعقد بأحد وجهين: أحدهما عقد أمير المؤمنين أو أحد أمرائه الذين جعل لهم العقد في مثل ذلك. الثاني عقد ذوي الرأي وأهل العلم والمعرفة والعدالة لرجل منهم كملت فيه شروط القضاء، وهذا حيث لا يمكنهم مطالعة الإمام في ذلك ولا أن يستدعوا منه ولايته ويكون عقدهم له نيابة عن عقد الإمام الأعظم أو نيابة عمن جعل الإمام له ذلك للضرورة الداعية إلى ذلك. انتهى من تبصرة ابن فرحون. وتقدم في التنبيه الرابع عند قول المؤلف: "مجتهد" شيء من هذا المعنى. والله أعلم.

فائدة: قال ابن عرفة: ابن سهل: قال بعض الناس خطة القضاء من أعظم الخطط قدرا وأجلها خطرا لا سيما إذا اجتمعت إليها الصلاة.

قلت: يريد إمامة الصلاة، ومقتضاه حسن اجتماعهما، والمعروف ببلدنا قديما وحديثا منع إقامة قاضي الجماعة بها أو الأنكحة إمامة الجامع الأعظم بها، وسمعت بعض شيوخنا يعللون ذلك بأن القاضي مظنة لعدم طيب نفس المحكوم عليه به مع تكرر ذلك في الآحاد فيؤدي إلى إمامة الإمام من هو له كاره، وقد خرج الترمذي عن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {ثلاثة لا تجاوز صلاتهم آذانهم العبد الآبق حتى يرجع وامرأة باتت وزوجها عليها ساخط وإمام قوم وهم له كارهون[1]} انتهى.

فائدة: قال في الذخيرة: قال في النوادر: قال مالك: أول من استقضى معاوية، ولم يكن لرسول الله صلى الله عليه وسلم ولا لأبي بكر ولا لعثمان قاض، بل الولاة يقضون وأنكر قول أهل العراق [أن[1164]] عمر استقضى شريحا، وقال كيف يستقضي بالعراق دون الشام واليمن وغيره؟ فليس كما قالوا. انتهى.

ص: ونفذ حكم أعمى وأبكم وأصم ووجب عزله ش: هذا هو القسم الثاني، وهو ما يقتضي عدمه الفسخ وإن لم يكن شرطا في صحة الولاية، ويجب أن يكون القاضي متصفا بها. قال في التوضيح: الصفة الثانية غير شرط في صحة الولاية ولكنه يجب أن يكون متصفا بها وعدمها موجب للعزل، وينفذ ما مضى من أحكامه. انتهى. فقول الشيخ بهرام: هذه الأوصاف توجب العزل وليس عدمها من شروط الصحة، بل وجودها من باب الاستحباب مخالف لما تقدم من كلام التوضيح. وقال ابن عبد السلام: فإن قلت: لم خصت الصفة الأولى بالشرطية؟ قلت: لأن الولاية تنعدم بانعدامها والصفة الثانية ليست كذلك وإن وجب العزل إذا انعدمت، وهذا كما يفرقون في مسائل الصلاة بين الواجب

الحديث 1 – جامع الترمذي، كتاب الصلاة، دار الفكر 1995، رقم الحديث 360.

[1164] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م36.

نص خليل وَلَزِمَ الْمُتَعَيِّنَ أوِ الْخَائِفَ فِتْنَةً إنْ لَمْ يَتَوَلَّ أوْ ضَيَاعَ الْحَقِّ الْقَبُولُ وَالطَّلَبُ وَأجْبِرَ وَإنْ بِضَرْبٍ وَإلاَّ فَلَهُ الْهَرَبُ وَإنْ عُيِّنَ.

متن الحطاب 100 الذي [هو/[1165]] شرط في صحة الصلاة وبين الواجب الذي ليس شرطا في صحتها. انتهى. وانظر كلام المقدمات بعد هذا، وقال ابن عبد السلام في شرح قول ابن الحاجب: "الثاني السمع والبصر" والكلام يعني أن النوع الثاني من صفات القاضي وهو الموجب للعزل إذا عدم أو عدم بعض أجزائه، إلا أن وحدة النوع الأول وجعل ما تحته من القيود كالأجزاء صحيح؛ لأن كل واحد من تلك الأجزاء إذا عدم منع الولاية، ولأن جزء الشرط ينعدم المشروط بانعدامه، وأما وحدة هذا النوع بحيث يكون كل واحد من السمع والبصر والكلام جزءا له فغير صحيح، وذلك أن المؤلف جعل أثر هذا النوع إنما هو في وجوب العزل لا في انعقاد الولاية، وإنما يظهر هذا إذا انعدم واحد من تلك الأجزاء بقيد الوحدة، وأما إذا انعدم اثنان منها فأكثر فلا تنعقد الولاية أصلا.انتهى. فتأمله.

سؤال: قال البساطي: فإن قلت إما أن يجعل العمى مثلا مانعا من تولية القضاء أو لا، فعلى الأول لا ينفذ حكمه، وعلى الثاني لا يجب عزله؛ قلت: كل من الشقين ممنوع وسند الأول أن المانع إذا كان في الابتداء ترتب عليه الحكم الذي ذكرت؛ أعني أنه لا ينفذ حكمه، ولا يلزم من هذا أنه إذا طرأ وقد كان ولي على غير هذه الصفة أنه لا تنفذ أحكامه، فمن ولى صحيحا وطرأ عليه هذا المانع هو الذي ينفذ حكمه، والكلام فيه، وسند الثاني أن ما ليس بمانع من نفوذ الحكم لا يلزم معه دوام التولية؛ لأن النفوذ مستند إلى التولية الصحيحة ووجوب العزل مستند إلى الطارئ. انتهى. وفي جوابه نظر لاقتضائه أن نفوذ حكم القاضي الأعمى إنما هو إذا ولي صحيحا ثم طرأ عليه. قال في المقدمات: وأما الخصال التي ليست مشروطة في صحة الولاية إلا أن عدمها يوجب فسخ الولاية؛ فهي أن يكون سميعا بصيرا متكلما عدلا، فهذه الأربع خصال لا يجوز أن يولى القضاء إلا من اجتمعت فيه، فإن ولي من لم تجتمع فيه وجب أن يعزل متى عثر عليه، ويكون ما مضى من أحكامه جائزا إلا الفاسق فاختلف فيما مضى من أحكامه، فقال أصبغ إنها جائزة، والمشهور في المذهب أنها مردودة، وعليه فالعدالة مشروطة في صحة الولاية كالإسلام والحرية. انتهى. وقال في التوضيح تنفذ أحكامه، سواء ولي كذلك أو طرأ عليه ذلك. انتهى. والجواب عن سؤاله أن يقال قولك العمى مثلا مانع ما تعني به مانع من صحة التولية أو من جوازها فالأول ليس مرادا لنا وعليه يلزم ما ذكرت، والثاني مرادنا، ولا يلزم عليه ما ذكرت. والله أعلم.

تنبيه: ترك المؤلف الكلام على الكتابة. قال في التوضيح: قال الباجي وابن رشد إنه لا نص هل يشترط في القاضي أن يكتب؟ وعن الشافعية قولان. انتهى. قال ابن عبد السلام: ورجح الباجي وابن رشد صحة الولاية مع ظهور القول بالمنع، وظاهر كلام بعض الأندلسيين المنع. انتهى.

ص: **ولزم المتعين أو الخائف فتنة أو ضياع الحق إن لم يتول القبول والطلب** ش: كأنه سقط

الحديث ....

[1165] *- في المطبوع الذي شرط وميابى76 ويحيى392 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب والصواب الذي هو شرط كما في يم71.

نص خليل ....

متن الحطاب

101 عند الشارح/ بهرام لفظ والطلب في الشرح الكبير فقال: ولم يتعرض للطلب، وظاهر كلامه أنه لا يجب؛ لأن قوله يلزمه القبول يدل على أن اللزوم مشروط بعرض الولاية عليه، وقد ذكر بعض أصحابنا أن القضاء يجب طلبه إذا كان من أهل الاجتهاد والعدالة ولا يكون هناك قاض أو يكون، ولكن تحرم ولايته أو يعلم أنه إذا لم يتول تضيع الحقوق ويكثر الهرج فقد قالوا إنه إذا خاف ضياع الحقوق يجب عليه الطلب. انتهى. وأما في الوسط والصغير فظاهر كلامه ثبوتها، وانظر إذا قيل يلزمه الطلب فطلب فمنع من التولية إلا ببذل مال فهل يجوز له بذله؟ الظاهر أنه لا يجوز له بذله؛ لأنهم قالوا كما سيأتي إنما يلزمه القبول إذا تعين إذا كان يعان على الحقوق، وبذل المال في القضاء من أول الباطل الذي لم يعن على تركه فيحرم عليه حينئذ، وقد يفهم ذلك من الفرع الآتي لابن فرحون. والله أعلم.

قال ابن الحاجب: وهو أي القضاء فرض كفاية، فإذا انفرد [بشرائطه[1166]] تعين. قال ابن عبد السلام: قيل إن علم القضاء يرجع إلى تعيين المدعي من المدعى عليه، فإذا كان هذا علم القضاء أو لازما له فلا بد من نصب إنسان يرفع النزاع الواقع بين الناس وينصف المظلوم من الظالم، ولما كان هذا المعنى يحصل في البلد من واحد ومن عدد قليل كان هذا الفرض فيه على الكفاية إذا تعدد من فيه أهلية ذلك، فإن اتحد تعين. ثم قال: وهذه مرتبة القاضي في الدين حين كان القاضي يعان على ما وليه، حتى ربما كان بعضهم يحكم على من ولاه ولا يقبل شهادته إن شهد عنده لعدم أهلية الشهادة منه، وأما إذا صار القاضي لا يعان بل من ولاه ربما أعان عليه من مقصوده بلوغ هواه على أي حال كان فإن ذلك الواجب ينقلب محرما نسأل الله السلامة، وبالجملة إن أكثر الخطط الشرعية في زماننا أسماء شريفة على مسميات خسيسة. انتهى. ونقله في التوضيح.

قال ابن عرفة إثر نقله كلام ابن عبد السلام هذا: قلت: وحدثني من أثق به وبصحة خبره أنه لما مات القاضي بتونس الشيخ أبو علي بن قداح تكلم أهل مجلس السلطان في ولاية قاض فذكر بعض أهل المجلس ابن عبد السلام، فقال بعض كبار أهل المجلس: إنه شديد الأمر ولا تطيقونه، فقال بعضهم نستخبر أمره فدسوا عليه رجلا من الموحدين كان جارا له يعرف بابن إبراهيم فقال له: هؤلاء امتنعوا من توليتك لأنك شديد في الحكم. فقال: أنا أعرف العوائد وأمشيها فحينئذ ولوه من عام أربعة وثلاثين إلى أن توفي رحمه الله عام تسع وأربعين وسبعمائة. انتهى.

قلت: ينبغي أن يحمل هذا من ابن عبد السلام رحمه الله على أنه خاف أن يولى من لا يصلح للولاية فتسبب في ذلك لدفع مضرة ذلك كما ذكره ابن عرفة عن بعض شيوخه في تسببه بولايته لقضاء الأنكحة تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد. قال: وكان ممن يشار إليه بالصلاح والأعمال بالنيات، وقد أشار ابن غازي إلى هذا في تكميل التقييد، فإذا كان هذا حكم القسم الواجب صار محرما فكيف ببقية الأقسام؟ وقال في المقدمات: الهرب من القضاء واجب وطلب السلامة منه، لا سيما في هذا الوقت واجب لازم، وقد روي أن عمر رضي الله عنه دعا رجلا ليوليه فأبى فجعل يديره

الحديث ....

[1166] – في المطبوع بشرائط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 101 ويحيى ص47 ويم ص46 و م ص36 ومايابى77.

نص خليل ....

متن الحطاب

على الرضا فأبى. ثم قال له: أنشدك الله يا أمير المؤمنين أي ذلك تعلم خيرا لي؟ قال: أن لا تلي. قال: فأعفني. قال: قد فعلت. ثم قال: وطلب القضاء والحرص عليه حسرة وندامة يوم القيامة، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {ستحرصون على الإمارة وتكون حسرة وندامة يوم القيامة فنعمت المرضعة وبئست الفاطمة[1]} فمن طلب القضاء وأراده وحرص عليه وكل إليه وخيف عليه فيه الهلاك، ومن لم يسأله وامتحن به وهو كاره له خائف على نفسه فيه أعانه الله عليه، روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال: {من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه، ومن لم يطلبه ولا/ استعان عليه أنزل الله ملكا يسدده[2]} وقال صلى الله عليه وسلم: {لا تسأل الإمارة، فإنك إن تؤتها من غير مسألة تعن عليها وإن تؤتها عن مسألة توكل إليها[3]} انتهى. وقال الجزيري في وثائقه: القضاء محنة وبلية، ومن دخل فيه فقد عرض نفسه للهلاك؛ لأن التخلص منه عسر، فالهروب منه واجب لا سيما في هذا الوقت، وطلبه نوك وإن كان حسبة. قاله الشعبي، ورخص فيه بعض الشافعية إذا خلصت نيته للحسبة؛ بأن يكون قد وليه من لا يرضى حاله، والأول أصح؛ لقوله عليه السلام: {إنا لا نستعمل على عملنا من أراده[4]} انتهى. والنوك بالضم الحمق. قاله في الصحاح قال قيس بن الخطيم:

102

وداء النوك ليس له دواء ....

والنواكة الحماقة. قال ابن عرفة إثر نقله كلام المقدمات المذكور: قلت: ظاهره مطلقا، وزعم بعضهم أنه إن خاف من فيه أهلية أن يولى من لا أهلية فيه أن له طلبه، وقد تحققت بالخبر الصادق أن بعض شيوخنا -وكان ممن يشار إليه بالصلاح- لما وقع النظر بتونس في ولاية قاضي الأنكحة تسبب في ولايتها تسببا ظاهرا علمه القريب منه والبعيد، وما أظنه فعل ذلك إلا لما نقل المازري، والأعمال بالنيات. قال المازري: يجب على من هو من أهل الاجتهاد والعدالة السعي في طلبه إن علم أنه إن لم يله ضاعت الحقوق، أو وليه من لا يحل أن يولى، وكذلك إن وليه من [لا تحل توليته[1167]] ولا سبيل لعزله إلا بطلبه. انتهى.

فرع: قال ابن فرحون: وأما تحصيل القضاء بالرشوة فهو أشد كراهة، وقال أبو العباس من تلامذة ابن شريح الشافعي في كتابه أدب القضاء: من تقبل القضاء بقبالة وأعطى عليه الرشوة فولايته باطلة

الحديث

1 – إنكم ستحرصون على الإمارة وستكون ندامة يوم القيامة فنعم المرضعة وبئست الفاطمة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الأحكام، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 7148.

2 – من طلب القضاء واستعان عليه وكل إليه ومن لم يطلبه ولم يستعن عليه أنزل الله ملكا يسدده، سنن أبي داوود، كتاب القضاء، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 3578.

3 – لا تسأل الامارة فإنك إن أعطيتها من غير مسألة أعنت عليها وإن أعطيتها عن مسألة وكلت إليها وإذا حلفت على يمين فرأيت غيرها خيرا منها فأت الذي هو خير وكفر عن يمينك ، البخاري، الجامع الصحيح،كتاب كفارات الأيمان، دار الفجر، للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث6722.

4 – لن – أولا – نستعمل على عملنا من أراده، البخاري في صحيحه، كتاب الإجارة، رقم الحديث2261، ومسلم في صحيحه، كتاب الإمارة، رقم الحديث1733.

[1167] – في المطبوع لا تحل ولايته توليته وما بين المعقوفين من ن ذي ص102 ويحيى393 ويم72 وم37.

نص خليل وَحَرُمَ لِجَاهِلٍ وَطَالِبِ دُنْيَا وَنُدِبَ لِيُشَهِّرَ عِلْمَهُ.

متن الحطاب وقضاؤه مردود وإن كان قد حكم بحق. قال: وإن أعطى رشوة على عزل قاض ليولى هو مكانه فكذلك أيضا، وإن أعطاها على عزله دون ولاية فعزل الأول برشوة ثم استقضى هو مكانه بغير رشوة نظر في المعزول، فإن كان عدلا فإعطاء الرشوة على عزله حرام، والمعزول باق على ولايته إلا أن يكون من عزله تاب فرد الرشوة قبل عزله، وقضاء المستخلف أيضا باطل، إلا أن يكون تاب قبل الولاية فيصح قضاؤه، فإن كان المعزول جائرا لم يبطل قضاء المستخلف. قال المؤلف أبو العباس: قلت: هذا [تخريج[1168]] على مذهب الشافعي والحنفي. انتهى.

ص: **وحرم لجاهل وطالب دنيا** ش: لو قال عوض قوله: "لجاهل" لغير أهله كما قال ابن عرفة ويحرم طلبه على فاقد أهليته. انتهى. لكان أتم فائدةً، ويحرم السعي على من قصد بالسعي الانتقام من أعدائه. قاله ابن فرحون.

ص: **وندب ليشهر علمه** ش: نقله ابن عرفة عن المازري عن بعض العلماء، وزاد معه أو أن يكون فقيرا وله عيال، ويسعى في تحصيله لسد خلته، ونصه: قال بعض العلماء يستحب طلبه لمجتهد خفي علمه وأراد إظهاره بولايته القضاء أو لعاجز عن قوته وقوت عياله إلا برزق القضاء. المازري: ولا يقتصر بالاستحباب على هذين، بل يستحب للأولى به من غيره لأنه أعلم منه. انتهى. وعبر ابن فرحون عن هذا الأخير بقوله: قال المازري: وقد يستحب لمن لم يتعين عليه، ولكن يرى أنه أنهض به وأنفع للمسلمين من آخر يولاه وهو ممن يستحق التولية ولكنه مقصر عن هذا. انتهى. وإن كان يقصد به دفع ضرر عن نفسه فعده ابن فرحون في القسم المباح. قال: ونقله المازري في الوجه المستحب، وكذلك عد ابن فرحون في القسم المباح ما نقل المازري عن بعضهم من أنه إذا كان فقيرا وطلبه لسد خلته أنه مستحب، وعكس ما ذكره المؤلف؛ وهو ما إذا كان عدلا مشهورا ينفع الناس بعلمه وخاف إن تولى القضاء أن لا يقدر على ذلك يكره له السعي. قاله في التوضيح. وقال ابن عرفة عن المازري: وفي كونه في حق المشهور علمه الغني مكروها أو مباحا نظر. قال: وأصول الشرع تدل على الإبعاد منه. انتهى.

103 قال ابن فرحون: / ومن المكروه أن يكون سعيه في طلب القضاء لتحصيل الجاه والاستعلاء على الناس فهذا يكره له السعي، ولو قيل إنه يحرم لكان وجهه ظاهرا؛ لقوله تعالى: ﴿ تلك الدار الآخرة نجعلها للذين لا يريدون علوا في الأرض ولا فسادا والعاقبة للمتقين ﴾ انتهى. وأما إباحة السعي فقال في التوضيح: قال المازري: ويبعد عندي تصور الإباحة إلا عند تقابل أدلة الأحكام وقرائن الأحوال، ولا يقدر على ترجيح بعضها على بعض [للفهم[1169]]، وقد تقدم أن ابن فرحون جعل منه مسألة من سعى فيه لسد خلته، وتقدم كلام ابن عرفة أيضا. والله أعلم. قال ابن عرفة بعد ذكره هذه الأقسام: قلت: هذا كله ما لم تكن توليته ملزومة لما لا يحل من تكليفه تقديمه من لا يحل تقديمه للشهادة وقد شاهدنا من ذلك ما الله أعلم به، ولا فائدة في كتبه هنا. انتهى. والله أعلم.

الحديث ....

[1168] – في المطبوع ويم46 وم37 ومايابى79 تخريجا وما بين المعقوفين من ن عدود ص102 ويحيى48.

[1169] *– كذا في النسخ وهي ساقطة من التوضيح، ج7 ص387.

نص خليل كَوَرِعٍ غَنِيٍّ حَلِيمٍ نَزِهٍ نَسِيبٍ مُسْتَشِيرٍ بِلاَ دَيْنٍ وَحَدٍّ.

متن الحطاب ص: [كورع ش: الفرق[1170]] بين الورع والنزه أن الورع هو التارك للشبهات. قاله في التوضيح. قال ابن عبد السلام: وفائدة كونه ورعا ظاهرة، وهو أولى الناس بذلك، والنزه هو الذي لا يطمع فيما عند الناس. قال في المقدمات: روي عن عمر بن عبد العزيز رضي الله عنه في صفات القاضي أن يكون عالما بالكتاب والسنة ذا نزاهة عن الطمع. انتهى. وفي الذخيرة: قال ابن محرز: لا يأتي بما نصب له حتى يكون ذا نزاهة ونصيحة ورحمة وصلابة ليفارق بالنزاهة التشوف لما في أيدي الناس، وبالنصيحة [يفارق[1171]] حال من يريد الظلم ولا يبالي بوقوع الغش والغلط والخطإ، وبالرحمة حال القاسي الذي لا يرحم الصغير واليتيم والمظلوم، وبالصلابة حال من يضعف عن استخراج الحقوق. انتهى.

ص: **غني** ش: قال ابن عبد السلام: الظاهر الاكتفاء بالغنى عن عدم الدين، فإن وجود الدين مع الغنى [بما[1172]] يزيد على مقدار الدين لا أثر له. انتهى. قال في التوضيح: خليل: وفيه نظر، والظاهر خلافه ولا يخفى عليك. انتهى. وقال سحنون في كتاب ابنه: وإذا كان الرجل فقيرا وهو أعلم من في البلد وأرضاهم استحق القضاء، ولكن ينبغي أن لا يجلس حتى يغنى ويقضي دينه. قال المازري: وهذا من المصلحة؛ لأنه ربما دعاه فقره إلى استمالة الأغنياء والضراعة لهم وتمييزهم على الفقراء بالإكبار إذا تخاصموا مع الفقراء، فإذا كان غنيا بعد عن ذلك.انتهى من تبصرة ابن فرحون، ونقله غيره. والله أعلم.

تنبيه: زاد ابن الحاجب أن يكون بلديا ولا يخاف في الله لومة لائم، والمصنف إنما ترك الأول لأن ابن رشد وابن عبد السلام قالا إن الولاة اليوم يرجحون غير البلدي على البلدي، وترك الثاني لأنه قال في التوضيح تبعا لابن عبد السلام: الظاهر أنه راجع إلى النوع الأول؛ لأن الخوف من لومة اللائم راجع إلى الفسق.انتهى.

ص: **نسيب** ش: قال ابن عرفة: قال سحنون: ولا بأس بولاية ولد الزنا، ولا يحكم في حد. قال الباجي: الأظهر منعه؛ لأن القضاء موضع رفعة فلا يليها ولد الزنا كالإمامة، الصقلي عن أصبغ لا بأس أن [يُستقضى[1173]] من حد في الزنا إذا تاب ورضيت حاله أو كان عالما، ويجوز حكمه في الزنا وإن لم تجز شهادته فيه؛ لأن المسخوط يجوز حكمه ما لم يحكم بجور أو خطإ، ولا تجوز شهادته، وعزاه الباجي لأصبغ. انتهى.

ص: **بلا دين وحد** ش: قال في التوضيح: وجوز أصبغ حكمه فيما حد فيه، ومنعه سحنون قياسا على الشهادة. انتهى.

الحديث ....

[1170] - في المطبوع كورع نزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ويحيى ص49 ويم ص47 و م ص37 ومايابى79.

[1171] *- في المطبوع ليفارق وما بين المعقوفين من يم73 ويحيى394 وسيد16 وم37 ومايابى79.

[1172] - في المطبوع ربما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايابى80 ويم47 وم37.

[1173] - في المطبوع ويم ص47 و م ص37 يستفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 103 ومايابى80 (ويحيى ص49 يقضي).

نص خليل وَزَائِدٍ فِي الدَّهَاءِ وَبِطَانَةِ سُوءٍ وَمَنْعُ الرَّاكِبِينَ مَعَهُ وَالْمُصَاحِبِينَ لَهُ وَتَخْفِيفُ الأَعْوَانِ وَاتِّخَاذُ مَنْ يُخْبِرُهُ بِمَا يُقَالُ فِي سِيرَتِهِ وَحُكْمِهِ وَشُهُودِهِ وَتَأْدِيبُ مَنْ أَسَاءَ عَلَيْهِ إلاَّ فِي مِثْلِ اتَّقِ اللهَ فِي أَمْرِي فَلْيَرْفُقْ بِهِ.

متن الحطاب 104

ص: وزائد في الدهاء ش: الدهاء بفتح الدال والمد. كذا ضبطه ابن قتيبة في أدب الكتاب كالذكاء والعطاء، وكذا في ضياء الحلوم. والله أعلم./

ص: وتخفيف الأعوان ش: قال في التوضيح: مطرف وابن الماجشون ولو استغنى عن الأعوان أصلا لكان أحب إلينا. انتهى.

ص: وتأديب من أساء عليه إلا في مثل اتق الله في أمري فليرفق به ش: قال ابن الحاجب: ويجب عليه أن يؤدب أحد الخصمين إذا أساء على الآخر، وينبغي ذلك أيضا إذا أساء على الحاكم. ابن عبد السلام: ظاهر مغايرة المؤلف اللفظين في هذه المسألة والتي فوقها أن إساءة أحد الخصمين للآخر في مجلس القاضي أشد من إساءته على القاضي، وظاهر كلام مالك أن هذه المسألة مثل التي قبلها في الوجوب.

قال عنه ابن القاسم: وأما إن قال له ظلمتني فذلك يختلف ووجه ذلك [أنه إذا أراد[1174]] أذى القاضي وكان القاضي من أهل الفضل فليعاقبه، وقد أشار مطرف وابن الماجشون إلى الفرق بين المسألتين كما قال المؤلف وذلك أنهما قالا إذا شتم أحد الخصمين صاحبه بقوله يا فاجر يا ظالم فليزجره وليضربه على مثل هذا ما لم يكن قائله ذا مروءة فليتجاف عن ضربه، وقال إن لمز أحد الخصمين القاضي بما يكره أدبه، والأدب في مثل هذا أمثل من العفو، ويمكن أن يقال إنما جعل الأدب في مثل هذا أمثل من العفو لأن الخصم لم يصرح بإيذاء القاضي وشتمه، وإنما لمزه بذلك فلذلك سوغ له حكم العفو ورجح عدمه، وصرح لخصمه بالشتم فألزمه العقوبة ولم يسوغ العفو فيها، وهذا الذي قلناه في لفظة ينبغي هو مصطلح الفقهاء، وقد أنكر بعض الناس عليهم، وقال إن قول القائل ينبغي لك أن تفعل مثل قوله يجب عليك أن تفعل. انتهى. ففي كلامه ميل إلى أن تأديبه يجب، وفي كلام المصنف في التوضيح ميل إلى عدم الوجوب، فمن راعى أن في ذلك انتصارا للشرع قال بالوجوب، ومن رأى أنه كالمنتقم لنفسه قال بعدمه. فتأمله. والله أعلم. وقال ابن عرفة: وسمع ابن القاسم أرأيت من يقول للقاضي ظلمتني.

قال مالك: يختلف ولم [يَحُدَّ[1175]] فيه تفسيرا، إلا أن وجه ما قاله إن أراد أذاه والقاضي من أهل الفضل عاقبه، وما ترك ذلك حتى خاصم أهل الشرف في العقوبة في الإلداد. ابن رشد: للقاضي الفاضل العدل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وآذاه بأن ينسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه، بخلاف ما شهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب عنه؛ لأن مواجهته بذلك من قبيل الإقرار، وله الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، وإذا كان له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله كالحكم به لغيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه كما يحكم به في عرض غيره لما في ذلك من الحق لله؛ لأن الاجتراء على الحاكم بمثل هذا توهين لهم فالمعاقبة فيه أولى من التجافي. انتهى. وهذه المسألة في رسم تأخير صلاة العشاء من كتاب الأقضية، وقال فيه بعد قوله: وله

الحديث ....

1174 *- في المطبوع ووجه ذلك إن أراد وما بين المعقوفين من يم73.

1175 *- في المطبوع يجد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ميابى80.

نص خليل وَلَمْ يَسْتَخْلِفْ إلاَّ لِوُسْعِ عَمَلِهِ فِي جِهَةٍ بَعُدَتْ مَنْ عَلِمَ مَا اسْتَخْلَفَ فِيهِ.

متن الحطاب الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه به أي بالإقرار ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل فيه قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته. انتهى. فراجعه فإنه مفيد، وقوله في السماع: "وما ترك ذلك" إلى آخره هو كذلك في البيان ولم أفهم معناه. والله أعلم. وسيأتي لفظه عند قوله: "ولا يحكم لمن يشهد له"، وسيأتي أيضا شيء يتعلق بهذا المعنى عند قوله: "ومن أساء على خصمه"، وقوله: "إلا في مثل اتق الله في أمري" مثل اذكر وقوفك للحساب، والذي عملته معي مكتوب عليك ونحوه مما هو وعظ، وفيه إشارة فيعرض القاضي عن الإشارة ويرفق به، وقوله: "فليرفق به" الرفق به مثل أن يقول له رزقني الله تقواه، أو يقول ما أمرت إلا بخير وعلينا وعليك أن نتقي الله، أو ذكرني، وإياك الوقوف للحساب، والأعمال كلها مكتوبة. والله أعلم.

105 ص: ولم يستخلف إلا لوسع عمله في جهة بعدت ش: قال في التوضيح: [إن أذن[1176]] له في/ الاستخلاف أو نص له على عدمه عمل على ذلك. اهـ. وقال ابن عبد السلام: إذا نهي عن الاستخلاف فيتفق على منع الاستخلاف ويتفق أيضا على جواز الاستخلاف إذا أذن له في ذلك من ولاه. انتهى.

وقال ابن فرحون: إذا أذن له في الاستخلاف استخلف على مقتضى الإذن. انتهى. وقال في المتيطية: وإذا كان الاستخلاف بإذن الخليفة فلا [تبالي[1177]] كان القاضي حاضرا أو غائبا، وكأن الإمام ولى قاضيين أحدهما فوق صاحبه. انتهى. وأصله [في النوادر، وإن[1178]] تجرد العقد عن الإذن وعدمه فقال سحنون ليس له الاستخلاف وإن مرض أو سافر، وقال مطرف وابن الماجشون له ذلك إذا مرض أو سافر. قال في التوضيح: ومقتضى كلام ابن الحاجب أن الأول هو المذهب عنده. انتهى. لكونه صدر به وهو ظاهر إطلاق المصنف. والله أعلم. وظاهره أنه يتفق مع عدم المرض والسفر على منع الاستخلاف، ثم قال في التوضيح عن ابن راشد إن هذا إذا استخلف في البلد الذي هو فيه، أما إن كان عمل القاضي واسعا فيريد أن يقدم في الجهات البعيدة فالمشهور الجواز، وقال ابن عبد الحكم لا يجوز إلا بإذن الخليفة. انتهى.

فرع: قال المازري: وعلى قول سحنون بأنه لا يستخلف وإن مرض أو سافر [قال:[1179]] فإن فعل فقضاء المستخلف لا ينفذ إلا إذا أنفذه القاضي الذي استخلفه. انتهى من التبصرة لابن فرحون.

فرع منها: قال في وثائق ابن العطار: ولا يسجل نائب القاضي بما ثبت عنده، فإن فعل فلا يجوز تسجيله ويبطل، ولا [تقوم به للقائم[1180]] حجة إلا أن يجيزه القاضي الذي استخلفه قبل أن يعزل أو يموت، وإن كان استنابة القاضي لنائبه عن إذن الإمام ورأيه وكان ذلك مستفيضا معروفا مشهورا كاشتهار ولاية القاضي فللنائب على هذا الوجه أن يسجل وينفذ تسجيله دون إجازة القاضي وليس

الحديث ....

1176 – في المطبوع إن أن أذن وما بين المعقوفين من ن ذي ص105.

1177 – علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب فلا نبال بالنون.

1178 – في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 ويحيى ص50 ويم ص47 و م ص38 ومايابى81.

1179 *- في المطبوع قالا وما بين المعقوفين من سيد17 ويحيى395 ويم73 وم38 ومايابى81.

1180 *- في المطبوع ولا يقوم به القائم وما بين المعقوفين من تبصرة ابن فرحون ص49 ج2.

نص خليل ....

متن الحطاب لأحد رده ولا الاعتراض فيه بوجه من الوجوه، وإذا قلنا النائب لا يسجل فله أن يسمع البينة ويشهد عنده الشهود فيما فيه التنازع وله قبول من عرف منهم بعدالة [ويعقد[1181]] عنده المقالات ثم يرفع ذلك كله إلى القاضي الذي استخلفه ويخبره به بحضرة شاهدين ليثبت [بهما[1182]] عند القاضي إخباره له ويلزم القاضي أن يجيز حينئذ فعل نائبه وينفذ ما ثبت عنده ويسجل به للمحكوم له. انتهى. وانظر قوله: "عن إذن الإمام" هل مراده الإذن العام في التولية أو إذن خاص في عين المستخلف، والظاهر أن مراده الأول إلا أن المتيطي ذكر هذه المسألة إثر ذكره صفة الوثيقة والوثيقة فيها استئذان الأمير فتأمله. والله أعلم.

فرع: فإن رفع هذا المستخلف إلى وظيفة القضاء فهل يستأنف ما كان بين يديه من الأحكام ثم يكملها بعد بالتسجيل فيها أم يصل نظره فيها بما تقدم منه في ذلك إلى تمام الحكم فاختلف في ذلك، فقال ابن [عتاب[1183]] بل يبني على ما قد مضى من الحكومة ولا يبتدئها من أولها. قال: وبذلك أفتيت أبا علي حسن بن ذكوان حين ارتفع من أحكام الشرطة والسوق إلى أحكام القضاء ووافقني أبو المطرف بن فرج وغيره على جوابي، وقال غيره بل يبتدئ/ النظر فيما كان جرى بعضه بين يديه ولم يكن كمل نظره فيه. انتهى من المتيطية. 106

فرع: قال ابن بطال في مقنعه: قال محمد القاضي: من روايته إذا عزل القاضي ثم ولي بعد ما عزل فهو كالمحدث لا يقبل شهادة من شهد عنده قبل أن يعزل فيما لم يتم الحكم فيه حتى يشهدوا به عنده، وقال ابن سحنون وكان شجرة ولي قضاء بلده قبل ولاية سحنون ثم عزل ثم ولاه سحنون فكتب إليه ما ترى فيما وقع عندي من البينات في المرة الأولى وما كنت عقلته يومئذ فكتب إليه طال الزمان جدا، وأخاف حوالة البينات فما لم تخف من هذا وصح عندك ما كنت عقلته ولم تسترب منه أمرا فأمضه. انتهى. وقول سحنون جار على مذهب المدونة خلاف القول الذي قدمه.

قال في أوائل كتاب الأقضية من المدونة: وإذا مات القاضي أو عزل وفي ديوانه شهادة البينات وعدالتها لم ينظر فيه من ولي بعده، ولم يجزه إلا أن تقوم بينة عليه، وإن قال المعزول ما في ديواني قد شهدت عليه البينة عندي لم يقبل قوله ولا أراه شاهدا، فإن لم تقم بينة على ذلك أمرهم القاضي المحدث بإعادة البينة وللطالب أن يحلف المطلوب بالله أن هذه الشهادة التي في ديوان القاضي ما شهد بها أحد عليه فإن نكل حلف الطالب وثبتت له الشهادة ثم نظر فيها الذي ولي بما كان ينظر المعزول. قال أبو الحسن: عياض: أفادت هذه المسألة بناء القاضي على حكم من قبله، وأنه لا يلزمه الاستئناف [وابتداء[1184]] النظر، وكذلك إذا انتقل من خطة حكم إلى خطة حكم وقد كان نظر في صدر الخصومة في الخطة الأولى وبهذا

الحديث ....

[1181] - في المطبوع ويعدل وما بين المعقوفين من ن عدود ص105 ويحيى ص50 ويم ص48 و م ص38 ومايابى81.

[1182] - في المطبوع به ما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 105 ومايابى81 (ويم ص48 يثبت بينهما فهما) و (م ص38 بما).

[1183] - في المطبوع عات وما بين المعقوفين من ن ذي ص105.

[1184] - في المطبوع الابتداء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 ويم ص48 و م ص38 ومايابى82.

نص خليل ....

متن الحطاب

أفتى ابن عتاب وغيره من القرطبيين، ورأى غيرهم استئناف النظر، ولا وجه له. انتهى. وقاله ابن رشد في أول مسألة من كتاب الأقضية ولم يذكر فيه خلافا، ونصه إثر قول العتبية: سئل مالك عن الرجل يأتي بكتاب من والي مكة إلى والي المدينة مثل القاضي والأمير وما أشبهه فلا يصل إلى المدينة حتى يموت الذي كتب له الكتاب وقضى له بالحق، قال مالك: فأرى لصاحب المدينة أن ينفذ ذلك الكتاب ويقضى له بما فيه، أرأيت لو أن قاضيا قضى لرجل ثم هلك فجاء آخر بعده أكان ينقض ما قضى ذلك.

قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة جارية على الأصول مثل ما في المدونة والواضحة وغيرهما لا اختلاف فيها، ولا إشكال في معناها لأنه لما كان الأصل أن للقاضي أن ينفذ ما ثبت عنده من قضاء حكام البلد، وإن [كانوا قد[1185]] ماتوا أو عزلوا كما [ينفذ[1186]] ما ثبت عنده من قضاء الحاكم قبله ببلد الميت أو المعزول وجب أن تنفذ كتبهم، وإن كانوا قد ماتوا أو عزلوا قبل وصول كتبهم إليه وقبل انفصالها عن ذلك البلد فيصل حكمه بحكمهم ويبنيه عليه، كما ينفذ ما ثبت عنده أنه مضى من عمل الحاكم قبله المعزول أو الميت فيصل حكمه بحكمه ويبنيه عليه ولا يأمر الخصمين باستئناف الخصام عنده إن كان الشهود قد شهدوا عند الميت أو المعزول [فما[1187]] شهد على ذلك أو كتب به إلى حاكم بلد آخر ثم مات أو عزل نظر الذي ولي بعده أو المكتوب إليه بما شهدوا به كما ينظر في ذلك الميت أو المعزول ولم يأمر بإعادة الشهادة عنده، وإن كانوا قد شهدوا عنده فقبلهم أعذر إلى المشهود عليه فيما شهدوا به دون أن ينظر إلى شهادتهم، وإن كانوا قد شهدوا عنده فأعذر في شهادتهم إلى المشهود عليه فعجز عن الدفع فيها أمضى الحكم عليه دون أن يستأنف الإعذار عليه مرة أخرى، وهذا بين. انتهى. وعلى ذلك اقتصر المؤلف في آخر الباب حيث قال: فينفذه الثاني وبنى كأن نقل لخطة أخرى. والله أعلم.

فرع: يتضمن الكلام على حكم قضاة الكور. قال ابن رشد في نوازله في مسائل الأقضية ما نصه: وأما السؤال العاشر فهو في قضاة الكور كغدة وجيان وواد آش وأشباهها يغيبون عنها أو يمرضون أو

107

يشتغلون هل يستنيبون من يحكم بين الناس بغير إذن من ولاهم من قضاة/ القواعد؟ وكيف إن فعلوا ذلك من غير مرض ولا مغيب إلا تخفيفا عن شغوب الناس؟ فهل تجوز أحكامهم ومخاطبتهم غيرهم من قضاة البلد؟ وهل يجوز لهم ضرب الآجال أو التعجيز في المطالب؟ وهل يقيمون الحد في الخمر وفي الزنا على البكر أم لا؟ وكيف إن كان ذلك بإذن قضاة القواعد؟ فإن كان ذلك جائزا فكيف يعرف الإذن في ذلك [بقول[1188]] قاضي الكورة أم بإعلام الذي ولاه، وهذا قد تتعذر معرفته؟ بين لنا ذلك كله بيانا شافيا. الجواب عليه: لا يجوز أن يستنيب غيره على شيء من الأحكام وهو حاضر غير

الحديث ....

[1185] - في المطبوع ويم ص48 قد كانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 و م ص38 ومايابى82.

[1186] - في المطبوع يعتقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 106 ويحيى ص50 ويم ص48 و م ص38 ومايابى82.

[1187] - في المطبوع بما وما بين المعقوفين من ن ذي ص 106 وصوبه الشيخ محمد سالم ب فأشهد وهو الذي في يم48.

[1188] - في المطبوع بإذن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ومايابى83 ويحيى ص51 القول ويم ص74 و م ص39.

نص خليل ....

متن الحطاب مريض، وأما إن غاب أو مرض فيجوز له ذلك إن كان الذي قدمه قد فوض إليه ذلك وجعله له في تقديمه إياه و[كان[1189]] ذلك معلوما من سيرة أحكامه في الكور، وينزل مستخلفه في مرضه أو غيبته منزلته في جميع الأمور وإن لم يتضمن ذلك كتاب تقديمه إياه ولا كان ذلك معروفا من سيرة أحكامه في الكور فلا يصح له الاستخلاف، فإن استخلف في مرضه أو سفره وقال إنه أذن له في ذلك صدق في قوله وجازت أحكام مستخلفه؛ إذ قد قيل إنه يستخلف في مرضه وسفره دون إذن الذي قدمه ما لم يحجر عليه ذلك. وبالله التوفيق. انتهى كلام ابن رشد بلفظه، ونقله البرزلي في مسائل الأقضية وقبله.

قلت: قضاة الكور هم النواب الذين يستخلفهم قضاة القواعد في القرى، وقوله في الجواب: "لا يجوز له أن يستنيب غيره وهو حاضر غير مريض" يريد ما لم يأذن له القاضي الذي قدمه في الاستنابة مطلقا، فإن أذن له في الاستنابة مطلقا ولم يسافر جازت له الاستنابة مطلقا بدليل أنه عول في جواز الاستنابة ومنعها على إذن القاضي الذي قدمه دون ضرورة المرض والسفر، فأجاز له أن يستنيب مع المرض أو السفر إذا أذن له في ذلك من ولاه، ومنع من الاستنابة إذا لم يأذن له ولو مرض أو سافر على القول الراجح، فدل على أن المعول في ذلك على الإذن، وعلى هذا فيكون حكم النواب مع من استنابهم حكم القضاة مع السلطان، فإن منعهم الذي قدمهم من الاستنابة فلا يجوز لهم الاستنابة اتفاقا، وإن أجاز لهم الاستنابة جاز أن يستنيبوا على مقتضى الإذن، فإن كان الإذن مطلقا جازت الاستنابة مطلقا وإن كان مقيدا بمرض أو سفر جازت الاستنابة في المرض والسفر، وإن عري عقد التولية عن الإذن وعدمه فالأصح أنه لا يجوز لهم الاستنابة مطلقا، وقيل تجوز الاستنابة عند المرض والسفر هذا ما ظهر لي. والله أعلم.

مسألة: قال البرزلي في مسائل الأقضية: لفظ الاستنابة والاستخلاف يقتضي النظر في جميع الأشياء إلا ما نص العلماء عليه في الوصايا والأحباس والطلاق والتحجير والقسم والمواريث إلا أن يقصره القاضي على نوع فلا يعدوه إلى غيره. انتهى. ووقعت مسألة وهي شخص ولاه السلطان بلدا وأعمالها، وصرح له بالإذن في الاستخلاف فعرض للقاضي [المشار[1190]] إليه سفر إلى بلد السلطان ففوض جميع ما فوضه له السلطان لإنسان وأسند إليه جميع ما هو داخل في ولايته ومشمول بعمومها، وصرح له بالتفويض ونصب النواب والعزل فأقام ذلك الإنسان المفوض إليه قاضيا بمقتضى الإذن المشروح فهل استنابة الإنسان المذكور المفوض له لهذا القاضي صحيحة أم لا؟ وإذا كانت صحيحة فهل يجوز التعرض لنقض أحكام هذا القاضي المشار إليه أم لا؟ فأجاب الشيخ العلامة ناصر الدين اللقاني بما نصه: قد نص علماؤنا على أن القاضي إذا فوض إليه الإمام الأعظم القضاء وأذن له في الاستخلاف جاز ذلك وعمل به، وقد أشار إلى ذلك ابن الحاجب بقوله: "ولو تجرد عقد التولية عن إذن الاستخلاف لم يكن له استخلاف" فقال شارحه الشيخ خليل في توضيحه: إن أذن له في الاستخلاف

الحديث ....

[1189] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 107 ويحيى ص51 ويم ص48 و م ص39 ومايابى83.

[1190] *- في المطبوع المشاور وم39 وميابى83 والمثبت من يحيى396 يم75.

نص خليل ....

متن الحطاب 108

أو نص له على عدمه عمل على ذلك، وقال ابن عرفة: والقاضي إن أذن له في استخلافه جاز استخلافه ومن المعلوم أن الاستخلاف في هذه النصوص/ لفظ عام يتناول كل استخلاف، سواء كان استخلافا على نفس القضاء والحكم، أو استخلافا على تولية وظيفة القضاء والحكم، وإن كان الأول هو الغالب في الفعل عرفا وكونه هو الغالب في الفعل عرفا لا يخصص العام؛ لأن المخصص للعام هو القول لا الفعل كما تقرر في محله من أصول الفقه، وإذا تقرر عمومه فحيث فوض الإمام إلى القاضي القضاء وأذن له في الاستخلاف كان الإذن المذكور إذنا له في استخلاف من يباشر القضاء والحكم، [واستخلاف من يولى وظيفة القضاء والحكم[1191]] لمن يصلح شرعا، فإذا فوض القاضي المذكور لإنسان ما فوضه له السلطان من القضاء، ومن الاستخلاف المذكور كان هذا التفويض من القاضي المذكور لذلك الإنسان في القضاء والاستخلاف صحيحا مأذونا له فيه من السلطان، فإذا استخلف هذا الإنسان في وظيفة القضاء من هو أهل لذلك شرعا كان هذا الاستخلاف صحيحا معتبرا معمولا به لاستناده إلى إذن السلطان، فأقضية هذا المستخلف الأخير الذي استخلفه ذلك الإنسان صحيحة، وأحكامه نافذة لا يجوز التعرض لها بنقض ولا تعقب. والله سبحانه أعلم بالصواب. انتهى جوابه، وما قاله ظاهر.

فرع: في استنابة القاضي بغير عمله قال البرزلي: سألت شيخنا الإمام عن مسألة نصها: جوابكم في قاضي عمالة سافر إلى غيرها، وقد كان المقام العالي أسماه الله أذن له في النيابة عنه في عمالته بخلال ما يرجع إليها فسافر القاضي المذكور ولم يستنب، وقد كان بدأ الحكم في قضية تدمية بشهادة عدول ولم يكملها [فرغبه[1192]] بعد سفره المذكور أهل القضية المذكورة في الاستنابة فيها حتى يكمل، فهل يسوغ له ذلك في القضية المذكورة وهو بغير عمالته لاستناده إلى ما سبق له فيها من إذن الإمام، أم لا يسوغ له ذلك لكونه كحكمه في غير عمله؟ وكيف إن سوغتم له الإذن فهل يكفي خطه لمن استنابه وعينه لذلك، أم لا بد من الإشهاد عليه في الاستنابة المذكورة بغير عمالته؟ فإن استناب على أحد الوجهين وقد كان شهد عنده العدول في التدمية المذكورة ومن فصولها أنهم لا يعلمون الميت المذكور برئ من الجرح المذكور إلى أن مات، فشهد عند النائب عنه شهود استرعاء زكاهم عدول بأن الميت المذكور مات عن صحة بينة ليس من جرح بحال، فهل يعمل على هذه الثانية لكونها أثبتت غير ما ذكرته الأولى وإن كانت الأولى أعدل أم لا؟ فإن عمل على الثانية فهل يلزم المدعى عليه أدب، أو يسرح؟ وإن حكم بأدبه فهل يكفي ما مضى من سجنه، وله اليوم قريب من ثلاثة أشهر مسجون مصفد في الحديد أم لا؟ أفتنا بالجواب في ذلك.

فأجاب: الاستنابة المذكورة صحيحة عاملة ولا يدخلها الخلاف الحاصل من نقل ابن سهل لأن سماع البينة أقرب للحكم من مجرد الاستنابة، ويقوم جوازها من مسألة العريش من المدونة وثبوت البينة للحكم بالصحة المذكورة ويسقط حد الضرب والسجن، وتقدم حبسه المذكور يسقط استئناف أدبه ويكفي فيه. والله أعلم. انتهى جوابه. وما ذكره من أن الاستنابة أخف من سماع البينة يشهد له ما تقدم لابن رشد أنه يكفي فيها خط القاضي وقبول قوله إن وقع، وما ذكره من أنه يقوم

الحديث ....

[1191] ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 108 ويحيى ص51 ويم ص49 و م ص39 ومايابى84.

[1192] *- كذا في النسخ وفي مطبوعة البرزلي، ج4 ص267 فرغب.

نص خليل ....

متن الحطاب جوازها من مسألة العريش هي من اكترى دابة من رجل ليحمل عليها دهنا من مصر إلى فلسطين فغره منها فعثرت بالعريش ضمن قيمة الدهن بالعريش، وقال غيره قيمته بمصر إن أراد لأنه منها تعدى.

قلت: فإذا اعتبر على قول الغير محل الإذن فهل محل القاضي هنا فلا [يستنيب[1193]] لأنه في غير محله ومن اعتبر ما آل إليه الأمر وهو وقوع العثور فينظر تحصيله، فمتى ما حصل رتب الحكم عليه فيتخرج على هذا خلافا في هذه المسألة، وما ذكره من إعمال شهادة الصحة هو أحد الأقوال من مسائل منها شهادة الصحة والمرض، ويليها الحكم للأعدل، وما ذكره من أن ما مضى يكفي في أدبه هو اختيار ابن الحاج على ما يأتي إذا سقط الدم بأي وجه سقط فيؤدب بحسب/ الاجتهاد ولا يبلغ به السنة، 109 خلاف اختيار ابن رشد إذا قوي طلب الدم، ثم سقط الموجب، فلا بد من استئناف ضرب مائة وحبس سنة. انتهى كلام البرزلي. وما ذكره من أنه تقدم لابن رشد هو ما نصه: وسئل عمن يستنيبه القاضي في المسألة هل يكتفي المستناب بخطه إلى أمير المصر أو جماعته كما يكتفي بخط السلطان في التقليدات كلها حسبما نص عليه أهل العلم إذ هي استنابة، أم لا بد من إثبات ذلك بشاهدين كسائر الأحكام؟ فأجاب بأنه يكتفي فيه بأيسر الأشياء من معرفة الخط وشبهه؛ إذ لم يقتض حكما يلزم ثبوته، ولو نهض المستناب لما أمر به من غير كتاب لمضى الأمر كما لو كان الكتاب.

قلت: شبه ما لو حكما رجلين بينهما. انتهى. ويقع في نسخ البرزلي كما يكتفي بخط السلطان في الشهادات، والذي في كتاب الأقضية من نوازل ابن رشد في التقليدات كما تقدم، وهو الصواب، ومسألة العريش في كتاب كراء الدواب والرواحل من المدونة في أواخره وفلسطين بكسر الفاء والعريش بفتح العين المهملة موضع. قاله في التنبيهات. والله أعلم.

فرع: قال في الإرشاد: وله الاستعانة بمن يخفف عنه النظر في الأحباس والوصايا وأموال اليتامى. قال الشيخ زروق في شرحه: قال في الجواهر: ينبغي له أن يستبطن أهل الخير والأمانة والعدالة ليستعين بهم على ما هو بسبيله، ويقوى بهم على التوصل إلى ما ينويه، ويخففوا عنه ما يحتاج فيه إلى الاستنابة فيه كالنظر في الأحباس والوصايا والقسمة وأموال الأيتام وغير ذلك. قال: والأقرب عندي أنه إن كان عاجزا عن ذلك إلا بهم فهو واجب، وإلا فمستحب. انتهى. وقال المتيطي: للقاضي أن يقدم على المناكح ناظرا ينظر فيها ويتولى عقد فصولها ومعانيها، ويجوز للمقدم النظر فيما قدم من ذلك عليه دون مطالعة من ولاه ومشاورته، ونقله عنه ابن عرفة. ثم قال المتيطي: قال بعض الموثقين ولا مدخل لهذا المقدم عندي في العقد على من لها ولي حاضر يعضلها عن النكاح لأن ذلك يحتاج إلى ثبوت عضلها والحكم بالنكاح عليه إلا أن يكون لعضله وجه يعرف، وليس ذلك لصاحب هذه الخطة إلا أن ينص على ذلك في تقديمه نصا. ومنه: وللقاضي أن يقدم على الحسبة ناظرا ينظر فيها، وللقاضي تقديم صاحب الأحباس لينظر في حبسات جامع حضرته ومساجدها وإصلاح ما [وهى[1194]] منها وكرائها وقبض

الحديث ....

[1193] – في المطبوع يستنيبها وما بين المعقوفين من ن ذي ص108 وم39 ويحيى371 ويم75 ومايابى84.

[1194] – في المطبوع وم40 هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 109 ويحيى52 ويم50 ومايابى85.

نص خليل ....

متن الحطاب غلاتها، ويصرفه في مصالحها، وذلك من الأمور التي لا بد منها ولا غنى عنها، وهي من أهم ما ينظر فيه ويقدم له، وتجوز أفعال المقدم بذلك ما وافق السداد ولم يخرج عن طريق الاجتهاد. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: ابن محرز: ولم يختلفوا أن القاضي ليس له أن يوصي بالقضاء عند موته لغيره بخلاف الوصي والإمام الأكبر، وضابط ذلك أن كل من ملك حقا على وجه لا يملك معه عزله فله أن يوصي به ويستخلف عليه، كالخليفة والوصي والمجبر يعني في النكاح على ما ذهب إليه ابن القاسم وإمام الصلاة، وكل من ملك حقا على وجه يملك معه عزله عنه فليس له أن يوصي به كالقاضي والوكيل ولو كان مفوضا إليه أو خليفة القاضي للأيتام وشبه ذلك. انتهى.

وقال ابن عرفة: وفي النوادر عن الواضحة، وظاهره أنه لابن الماجشون: ليس للقاضي أن يستخلف بعد موته. انتهى. وانظر قوله في التوضيح عن ابن محرز: وإمام الصلاة، ظاهره أنه لا يملك الإمام عزله، وقال في الذخيرة في الباب العاشر في العزل ما نصه: الفرع السابع: قال بعض العلماء من التصرفات ما تتوقف صحته على الولاية كالقضاء والوكالة والخلافة، ومنها ما يصح بغير ولاية كالخطابة والإمامة، فالقسم الأول يقبل العزل من جهة المولي والمتولي، والقسم الثاني لا يقبل العزل من جهة المتولي، بل من جهة المولي؛ لأن [صحة[1195]] الخطابة لا تنفك عن المتصف بها حتى تذهب أهليته، فلا يتمكن من عزل نفسه لأن صحة تصرفه لا تكفي فيه الأهلية فلعزله نفسه أثر فكان [ممكنا،[1196]] وأما ما يطلق للخطيب فتركه إياه/ ليس عزلا، وعلى هذا ليس للخليفة في نصب الخطيب إلا تسويغه المطلق للخطابة، إلا أنه يفيده أهلية التصرف ومنع المزاحمة للخطيب والإمام بعد الولاية فليس ذلك ولاية، إنما هو من صون الأئمة عن أسباب الفتن والفساد، ويظهر لهذا البحث أن صحة التصرف في الخطيب سبب الولاية، وفي القاضي ونحوه الولاية سببه، فبين البابين فرق عظيم فلذلك يقبل أحدهما العزل مطلقا دون الآخر. انتهى. وفي أسئلة الشيخ عز الدين بن عبد السلام ما تقول في الائتمام بالمستخلف في الإمامة إذا لم يأذن الناظر في ذلك هل يجوز؟ فأجاب الائتمام بالمستخلف صحيح؛ لأن الائتمام لا يتوقف إلا على صحة الصلاة وصلاته صحيحة مسقطة للقضاء فجاز الائتمام به. انتهى.

110

فرع: علم من قوله في التوضيح بخلاف الوصي أن [للوصي[1197]] أن يوصي بما إليه وأن يوكل غيره في حياته. قال في المتيطية: ولا يجوز لمقدم القاضي على النظر لليتيم أن يوكل [بما جعل[1198]] إليه أحدا غيره [حتى لو[1199]] مات، ولا أن يوصي به إلى أحد وهو خلاف وصي الأب، وقاله ابن أبي زمنين وابن الهندي وغيرهما من الموثقين، وحكى بعض الموثقين أن الذي مضى عليه الحكم أن حكم مقدم القاضي على من قدم عليه كحكم الوصي من قبل الأب في جميع أموره؛ لأن القاضي أقامه مقام الوصي. قاله

الحديث ....

[1195] – ساقطة من من المطبوع ويم75 وما بين المعقوفين من ن ذي ص109 ويحيى397.

[1196] *– في المطبوع متمكنا وما بين المعقوفين من يحيى397 م40 ويم76 والذخيرة ج8 ص22.

[1197] *– في المطبوع للموصي وما بين المعقوفين من يم76 ويحيى397 وسيد17 ومايابى86 وم40.

[1198] *– في المطبوع ما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في م40 ويحيى397 ويم50 وسيد18 وميابى86.

[1199] – في المطبوع حي أو وما بين المعقوفين من م40.

نص خليل وَانْعَزَلَ بِمَوْتِهِ لاَ هُوَ بِمَوْتِ الأَمِيرِ وَلَو الْخَلِيفَةَ وَلاَ تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ بَعْدَهُ أَنَّهُ قَضَى بِكَذَا وَجَازَ تَعَدُّدُ مُسْتَقِلٍّ أَوْ خَاصٍّ بِنَاحِيَةٍ أَوْ نَوْعٍ وَالْقَوْلُ لِلطَّالِبِ ثُمَّ مَنْ سَبَقَ رَسُولُهُ وَإِلاَّ أُقْرِعَ كَالادِّعَاءِ.

متن الحطاب بعض الشيوخ فعلى هذا يكون لمقدم القاضي أن يوكل في حياته من يقوم على المحجور مقامه .انتهى.

ص: **وانعزل بموته** ش: قال ابن الحاجب: وإذا مات المستخلف لم ينعزل مستخلفه ولو كان الخليفة قال في التوضيح المستخلف بكسر اللام [ومستخلفه[1200]] / بفتحها وظاهره الإطلاق فيتناول الإمام والأمير والقاضي وهو مقيد بما عدا القاضي ونائبه فإن نائب القاضي ينعزل بموت القاضي. نص عليه مطرف وأصبغ وابن حبيب. ابن رشد: ولا أعلمهم اختلفوا فيه، قيل ولعله أراد المتقدمين، وإلا فقد نقل ابن العطار الخلاف عن فقهاء زمانه في موت الإمام وجعلوا مثله مقدم القاضي للنظر على الأيتام. انتهى. وانظر هذا الذي ذكره المؤلف مع ما نقله ابن عرفة عن المتيطي، ونصه: المتيطي: ولا ينعزل مقدم القاضي عن يتيم بموته أو عزله ولا خلاف فيه. ابن العطار: اختلف فيها فقهاؤنا، ولذا استحسنوا ذكر إمضاء الثاني تقديمه. انتهى.

111

ونص المتيطية لما أن تكلم على تقديم القاضي ناظر الأحباس: وإذا مات القاضي المقدم له أو عزل فتقديمه تام حتى ينقضه الوالي الذي بعده لعلة ما، إما [لاستعفاء[1201]] أو لريبة تظهر من المقدم؛ وليس يحتاج أن يقول فيما يدفعه من النفقات وغيرها قبل أن يعزل الوالي الثاني أن الوالي أمضاه؛ إذ ليس ينفسخ تقديم قاض بموته ولا عزله حتى ينقضه الوالي بعده و[يصرح بفسخه[1202]] وعزله؛ لأن القاضي [المتوفى[1203]] أو المعزول قدمه في وقت يجوز له فيه التقديم، فذلك على التمام حتى ينقضه الوالي بعده لعلة ما كما قدمناه، وتقديمه من نظر أحكامه التي لا تنقض بموته ولا بعزله، وكذلك إذا مات الإمام الذي تؤدى إليه الطاعة؛ وقد قدم قضاة وحكاما فأقضيتهم نافذة، وأحكامهم جائزة فيما بين موت الأول وقيام الثاني، وكذا بعد قيامه وقبل أن ينفذ لهم الولاية، وهم بمنزلة ولاة الأيتام يقدمهم القاضي ثم يموت أو يعزل، فتقديمه لهم ماض، وفعلهم جائز، ولا يحتاج أن يمضيه القاضي الذي ولي بعده.

قال ابن العطار: ونزلت عندنا، واختلف فيها فقهاؤنا، وفيها اختلاف قد قيل إن أحكامهم في الفترة غير نافذة، وينقض ما حكموا به قبل أن يمضي الإمام القائم تقديمهم وولايتهم. قال: وتنعقد عنده على هذا المذهب في أمر المقدمين للأيتام أن يذكر إمضاء القاضي الثاني للتقديم للخروج من الخلاف، ويوجد هذا العقد في الوثائق القديمة، ولم يلتزم الشيوخ قديما عقده إلا للاختلاف الواقع فيه فيخرج بذكره من الخلاف. قال: والقول الأول في أن أحكام الحكام نافذة قبل إمضاء الإمام الوالي لولايتهم أحسن. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

قال ابن عبد السلام: وعندي أن ما قالوه من انعزال نائب القاضي بموت القاضي صحيح إن كان القاضي

الحديث ....

[1200] – في المطبوع ويم ص50 و م ص40 مستخلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 110 ويحيى ص52 ومايابى86.

[1201] – في المطبوع الاستغناء وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص53 و م ص40 ويم ص76 ومايابى86.

[1202] – في المطبوع وبه صرح عن وما بين المعقوفين من عدود ص11 وأقره الشيخ محمد سالم.

[1203] – في المطبوع المفتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 111 ويحيى ص53 و م ص40 ويم ص50 ومايابى86.

نص خليل وَتَحْكِيمِ غَيْرِ خَصْمٍ وَجَاهِلٍ وَكَافِرٍ وَغَيْرِ مُمَيِّزٍ فِي مَالٍ وَجَرْحٍ لاَ حَدٍّ وَلِعَانٍ وَقَتْلٍ وَوَلاَءٍ وَنَسَبٍ وَطَلاَقٍ وَعِتْقٍ.

متن الحطاب استنابه بمقتضى الولاية، على القول بأن له ذلك، وأما إن استناب رجلا معينا بإذن الإمام الأمير أو الخليفة فينبغي أن لا ينعزل ذلك النائب بموت القاضي، ولو أذن له في النيابة إذنا مطلقا فاختار القاضي رجلا ففي انعزاله بموت القاضي نظر. انتهى. قال في التوضيح: وانظر ما الفرق بين نائب القاضي في انعزاله وبين نائب الأمير في عدم انعزاله، وقد استشكله فضل وغيره. انتهى. وقال البرزلي في أوائل النكاح: وسئل ابن رشد عن أمير مدينة كتب إلى الأمير الأعلى في تقديم قاض وعين رجلا، فكتب إليه بتوليته، ففعل، وكتب له صكا بتقديمه على أمر الأمير الأعلى فحكم بذلك ثم ولي صاحب مناكح فحكم بطول حياة القاضي، وهو يعلم الأمير فمات القاضي وبقي صاحب المناكح على خطته وطريقته من شهادة الفقهاء عنده والأعلام بذلك فيما يرجع للنكاح والطلاق، فهل تحترم أحكامه بعد موت القاضي، أو تفسخ؟ فأجاب لا تنقض أحكامه بموت القاضي، وهو على خطته حتى يعزله من ولي بعد الأول، وفعله جائز صحيح.

قلت: لأن من ولى القاضي الأول مطلع على تقديم، هذا فكأنه قدمه، ومثله مقدم القاضي على محجوره إذا عزل القاضي فالمقدم على حاله لا يغير لأن ما فعله القاضي في غيره وتقرر حكمه فيه فإنه ماض لا يغيره عزله ولا موته. انتهى. وفي مسائل الأقضية من نوازل ابن رشد: ومن حق الوصي إذا عزله غير الذي قدمه أن يبين له القاضي الذي عزله الوجه/ الذي من أجله عزله، وأن يعذر إليه فيمن شهد عليه بالمعنى الذي أوجب عزله؛ إذ ليس له أن يعزله إلا بأمر يثبت عليه عنده، وأما إن عزله الذي ولاه، فإن كان عزله بأمر رآه باجتهاده فليس عليه أن يعلمه به، وإن كان عزله لجرحة ثبتت عنده عليه فمن حقه أن يعذر إليه في ذلك، وإن عزل الوصي نفسه عن النظر لليتيم فليس له ذلك إلا من عذر؛ لأنه حق لليتيم أوجبه على نفسه. انتهى. وذكر فيه في أوائل الأقضية عزل القاضي من قدمه غيره من قاض أو وصي أو غيره وعزل نفسه. 112

ص: **وتحكيم غير خصم** ش: قال ابن الحاجب: فلو حكم خصمه فثالثها يمضي ما لم يكن المحكم القاضي. قال ابن عبد السلام: هذه الأقوال صحيحة حكاها غير واحد، وأشار بعضهم أو صرح بنفي الخلاف في أن حكمه غير ماض، وحكى بعضهم أنه يمضي لكنه لم يتعرض إلى نفي الخلاف. انتهى. ونقله في التوضيح، وجزم ابن فرحون في تبصرته بالجواز فقال: مسألة: وإذا حكم أحد الخصمين صاحبه فحكم لنفسه أو عليها جاز ومضى ما لم يكن جورا بينا وليس تحكيم الشخص خصمه كتحكيم خصم القاضي [القاضي[1204]] قال أصبغ: لا أحب ذلك، فإن وقع مضى، وليذكر في حكمه رضاه بالتحاكم إليه، وقيل لا يجوز حكمه لنفسه، وقيل يجوز. انتهى فتأمله. وظاهر كلامهم أن هذا بعد الوقوع، وانظر هل يجوز ابتداء، وانظر قول ابن فرحون: "جاز ومضى" هل معناه جاز ابتداء، أو بعد الوقوع والنزول؟ فتأمله.

ص: **وجاهل** ش: قال في التوضيح: قال ابن راشد: وأشار المازري واللخمي إلى أن الجاهل يتفق على

الحديث ....

[1204] – سقطت من المطبوع ويحيى ص53 ويم ص51 و م ص41 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 112 ومايابى87.

نص خليل وَمَضَى إِنْ حَكَمَ صَوَابًا وَأَدَّبَ وَصَبِيٍّ وَعَبْدٍ وَامْرَأَةٍ وَفَاسِقٍ ثَالِثُهَا إِلاَّ الصَّبِيَّ وَرَابِعُهَا إِلاَّ وَفَاسِقٍ.

متن الحطاب بطلان حكمه لأن تحكيمه خطر وغرر. ثم قال في التوضيح: ونص اللخمي على أنه لا يلزم حكم المحكم إذا كان مالكيا -والخصمان كذلك- إذا خرج عن قول مالك وأصحابه وإن لم يخرج باجتهاده عن ذلك لزم. انتهى. وفي التبصرة لابن فرحون: إذا حكم الحاكم فليس لأحد أن ينقض حكمه وإن خالف مذهبه إلا أن يكون جورا بينا لم يختلف فيه أهل العلم، وقال اللخمي: إنما يجوز التحكيم إذا كان المحكم عدلا من أهل الاجتهاد أو عاميا، واسترشد العلماء، فإن حكم ولم يسترشد رد وإن وافق قول قائل؛ لأن ذلك تخاطر منهما.

وقال المازري: لا يحكم إلا من يصح أن يولى القضاء. قال: فإذا كان المحكم من أهل الاجتهاد مالكيا ولم يخرج باجتهاده عن مذهب مالك لزم حكمه، وإن خرج لم يلزم إذا كان الخصمان مالكيين لأنهما لم يحكماه على أن يخرج عن قول مالك وأصحابه، وكذلك إذا كانا شافعيين أو حنفيين وحكماه على مثل ذلك لم يلزم حكمه إن حكم بينهما بغير ذلك. انتهى. فتأمل آخر كلامه مع أوله، والظاهر أن الأخير مقيد للأول، وظاهر قوله إذا كان مالكيا ولم يخرج عن مذهب مالك لزم حكمه، سواء كان الخصمان كذلك أم لا، ومفهوم قوله: إذا كان الخصمان مالكيين أنهما لو كانا شافعيين وحكم/ بينهما بمذهبهما وترك مذهبه لزم حكمه. فتأمله. والله أعلم. وقال في الذخيرة بعد ما نقل كلام اللخمي: وهذا الكلام يقتضي أن مراده بالاجتهاد الاجتهاد في مذهب معين، لا الاجتهاد على الإطلاق. انتهى. وفي العمدة وإذا حكما رجلا ورضيا بحكمه لزمهما حكمه إذا كان جائزا شرعا وإن خالف حكم البلد، بخلاف التحكيم في الشهادة فله الرجوع عنه. انتهى. يعني -والله أعلم- إذا قال ما شهد به علي فلان فهو حق.

113

ص: ومضى إن حكم صوابا وأدب ش: ظاهر كلام المؤلف أنه يؤدب، سواء أنفذ الحكم أم لم ينفذه بنفسه، ولكنه حكم به ورفعه إلى القاضي ينفذه [والذي نقله[1205]] في التوضيح وابن عبد السلام وابن عرفة وفي الذخيرة وابن يونس وابن فرحون أن الأدب إنما يكون إذا أنفذ الحكم بنفسه، أما إذا حكم ولم ينفذ فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة، ونص ما في التوضيح: قال أصبغ: إذا حكم فيما ذكرنا أنه لا يحكم فيه فإن القاضي يمضي حكمه وينهاه عن العودة زاد ابن عبد السلام: ويقيم الحد وغيره. انتهى. ثم قال في التوضيح: وإن فعل المحكم ذلك بنفسه فقتل أو اقتص أو حد ثم رفع ذلك إلى الإمام أدبه السلطان وزجره وأمضى ما كان صوابا من حكمه. انتهى. ونقله القرافي وغيره عن سحنون، وزاد القرافي وابن فرحون بعد هذا الكلام الأخير: وبقي المحدود محدودا [والتلاعن[1206]] ماضيا. اهـ. فتأمل ذلك، فإنه ينبغي أن يقيد به كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: وفي صبي وعبد الخ ش: تصوره واضح. وأدخل معهم ابن رشد المولى عليه. نقله عنه الشيخ أبو الحسن في كتاب الأقضية عند قوله: ولو أن رجلين حكما رجلا، والمستثنى في القول الثالث والرابع هو ما ذكره المصنف على حاله. فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[1205] - في المطبوع حكم به وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 ويحيى ص54 و م ص41 ويم ص51 ومايابى88.

[1206] - في المطبوع التداعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 113 ويحيى ص54 و م ص41 ويم ص51 ومايابى88.

نص خليل وَضَرْبُ خَصْمٍ لَدَّ وَعَزْلُهُ لِمَصْلَحَةٍ وَلَمْ يَنْبَغِ إنْ شُهِرَ عَدْلاً بِمُجَرَّدِ شَكِيَّةٍ وَلْيُبَرَّأْ عَنْ غَيْرِ سُخْطٍ وَخَفِيفُ تَعْزِيرٍ بِمَسْجِدٍ لاَ حَدٌّ.

متن الحطاب ص: **وضرب خصم لد** ش: قال في أول كتاب الأقضية من المدونة: ولا بأس أن يضرب الخصم إذا تبين لدده. أبو الحسن: قوله إذا تبين لدده معناه إذا ثبت ببينة، إذ لا يقضى بعلمه إلا في التعديل والتجريح. انتهى. وفي رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية: سئل مالك عن الرجلين إذا اختصما وألد أحدهما فعرف ذلك منه القاضي أترى أن يعاقبه؟ فقال: نعم، إذا تبين ذلك منه ونهاه، فأرى أن يعاقبه. قال ابن رشد: هذا كما قال لأن [إلداد[1207]] أحد الخصمين بصاحبه إذاية له وإضرار به، وواجب على الإمام أن يكف أذى بعض الناس عن بعض ويعاقب عليه بما يؤدي إليه اجتهاده. انتهى. ومثله في سماع أصبغ، فتأمل كلام ابن رشد فإنه يدل على أنه واجب، وقال ابن فرحون في الأمور التي ينبغي للقاضي منع الخصوم منها أن الغريم إذا دعا غريمه فلم يجبه أدبه وجرحه إن كان عدلا، فإن تغيب شدد القاضي عليه في الطلب، وأجرة الرسول على الطالب، فإن تغيب المطلوب وتبين لدده فالأجرة عليه، ونحو ذلك للخمي، وقال ابن الفخار: ولا يلزم المدعى عليه شيء، والمرجح عندهم الأول، وانظر أحكام ابن سهل والمسألة مبسوطة في باب القضاء بالنكول عن مجلس القاضي، وفي مفيد الحكام لابن هشام: من استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين. ثم قال: ومنها أنه ينبغي له أن يمنع من رفع الصوت عنده، فإن ذلك مما يبرمه ويضجره ويحيره. انتهى.

ص: **وعزله لمصلحة** ش: ابن عرفة: ويجب تفقد الإمام حال قضاته فيعزل من في بقائه مفسدة وجوبا فورا، ومن يخشى مفسدته استحبابا، ومن غيره أولى منه عزله راجح. انتهى. ثم قال: المازري إذا كان في العزل مصلحة للعامة أمر الإمام بالمناداة إليه، وإن وجد الإمام أفضل ممن ولى فله عزله لتولية الأفضل وإن لم يجد إلا من هو دونه فلا يعزله، فإن عزله فلا ينفذ عزله.

قلت: في عدم نفوذ عزله نظر، لأنه يؤدي إلى لغو توليته غيره فيؤدي ذلك إلى تعطيل أحكام المسلمين انتهى. / 114

ص: **ولم ينبغ إن شهر عدلا بمجرد شكية** ش: مفهوم قوله: "إن شهر عدلا" أن غير المشهور عدالته يعزل بمجرد الشكية، وحكى ابن عرفة فيه ثلاثة أقوال، ونصه: وعزله بالشكاية به إن لم يكن مشهورا بالعدالة في وجوبه بها أو الكتب إلى صالحي بلده ليكشفوا عن حاله فإن كان على ما يجب وإلا عزل، ثالثها إن وجد بدله، وإلا فالثاني للشيخ عن أصبغ وغيره ومطرف.انتهى.

ص: **وخفيف تعزير بمسجد** ش: قال في التوضيح: قال مالك: كالخمسة الأسواط والعشرة. انتهى.

ص: **لا حد** ش: قال في المدونة: ولا يقيم في المسجد الحدود وشبهها. أبو الحسن: لأن في ذلك إهانة له والله يقول: ﴿ في بيوت أذن الله أن ترفع ﴾ وقوله وشبهها يعني التعزيرات الكثيرة انتهى وقال

الحديث ....

[1207] – في المطبوع لدد وما بين المعقوفين من ن ذي ص 113 ويحيى ص54 ويم ص51 و م ص41 ومايابى88.

نص خليل

وَجَلَسَ بِهِ بِغَيْرِ عِيدٍ وَقُدُومِ حَاجٍّ وَخُرُوجِهِ وَمَطَرٍ وَنَحْوِهِ وَاتِّخَاذُ حَاجِبٍ وَبَوَّابٍ وَبُدِئَ بِمَحْبُوسٍ ثُمَّ وَصِيٍّ وَمَالِ طِفْلٍ وَمُقَامٍ ثُمَّ ضَالٍّ.

متن الحطاب

ابن الحاجب ولا تقام الحدود في المسجد. قال في التوضيح: هو محتمل للمنع لأنه ذريعة إلى أن يخرج منه ما ينجس المسجد والكراهة تنزيها له. انتهى.

ص: **وجلوس به** ش: قال ابن عبد السلام: الأقرب في زماننا اليوم الكراهة، وتبعه في التوضيح، وقال في الذخيرة: قال اللخمي: الرحاب أحسن؛ لأن المسجد ينزه عن الخصومات. قال صاحب المنتقى: المستحب الرحاب الخارجة عن المسجد ثم ذكر الخلاف. ثم قال: قال صاحب المقدمات يستحب جلوسه في الرحاب، الخارجة عنه، فوافق الباجي واللخمي ولم يحك خلافا، وكلام الباجي وابن رشد هذا يدل على أنهم فهموا أن المشهور ما قالوه، ويعضده قوله كل من أدركته من القضاة لا يجلسون إلا في الرحاب فدل على أن العمل على ذلك، والعمل عنده مقدم. انتهى.

فرع: يستحب للقاضي أن يستقبل القبلة في جلوسه. قاله ابن عرفة في كلامه على مجلس القاضي، ثم قال بعده بنحو الورقتين: وينبغي له أن لا يتضاحك مع الناس. انتهى.

ص: **بغير عيد إلى آخره** ش: عدم جلوسه على جهة الأولى. قال ابن الحاجب وغيره لا ينبغي، وقال ابن فرحون: وكذلك يوم شهود المهرجان، وحدوث ما يعم من سرور أو ضرر. وقال في المتيطية: ولا بأس أن يترك النظر يوم الجمعة. انتهى. ونقله ابن فرحون. والله أعلم.

ص: **وبدىء بمحبوس الخ** ش: كذا ذكره في التوضيح. وقال ابن فرحون في تبصرته: ويلزمه أن يكون أول ما يبتدئ به الكشف عن الشهود والموثقين، فيعرف حال من لا يعرف حاله/ منهم ويفحص عن عدالتهم فمن كان عدلا أثبته ومن كان فيه جرحة أسقطه وأراح المسلمين من إذايته، ولا يحل له أن يترك غير المرضي ينصبه للناس فإنها خديعة للمسلمين ووصمة في شعائر الدين، وعليه أن يصرح بعزل هؤلاء ويسجل على شاهد الزور كتابا مخلدا بعد عقوبته، وكذلك يجب عليه الكشف عن المحبوسين. انتهى. فتأمل كيف جعل أول ما يبدأ به الشهود وهو الظاهر؛ لأن مدار الأمر كله عليهم، وإذا ولى قضاء غير بلده فنقل في التوضيح عن المازري أنه يسأل عن عدول البلد قبل خروجه. قال: وينادي مناد يشعر الناس باجتماعهم لقراءة سجله المكتوب بولايته، فإذا فرغ نظر في مكانه الذي يجلس فيه والعدل أن يكون في وسط البلد. انتهى. وقال ابن عرفة: المازري إذا ولي قضاء غير بلده ينبغي له قبل خروجه بحثه عن عدول البلد الذي يقدم عليه، إن كان بمكانه من يعرف حالهم ليكون على بصيرة من حالهم، وقد يفتقر في حال قدومه للاستعانة بأحدهم.

115

قلت: ولهذا المعنى كنت أفهم من بعض من لقيت ممن يقتدى به أنه قال ينبغي لمن هو بحيثية ولاية القضاء أو الشورى فيما يعرض من الولايات الشرعية أن يسمع ما يذكر في بعض أبناء الزمان ممن يعتبر قوله وحده أو مع غيره بنية البناء عليه أحكام التعديل والتجريح لا بنية التفكه وليس ذلك من سماع الغيبة، ومنع ذلك يوجب تعطيل الأحكام أو تولية من لا تحل توليته، ولولا هذا ما صح ثبوت تجريح في راو ولا شاهد ولا غيره. انتهى.

الحديث ....

نص خليل وَنَادَى بِمَنْعِ مُعَامَلَةِ يَتِيمٍ وَسَفِيهٍ وَرَفْعِ أَمْرِهِمَا إِلَيْهِ ثُمَّ فِي الْخُصُومِ وَرَتَّبَ كَاتِبًا عَدْلاً شَرْطًا.

متن الحطاب ص: ونادى بمنع معاملة يتيم الخ ش: حقه أن يذكر مع قوله ثم وصي وما معه، وكذا ذكره ابن فرحون وأبو الحسن وغيرهما. قال في التبصرة لابن فرحون: تنبيه: وهذا النداء في حق السفيه إنما يكون على مذهب من يرى أن أفعال السفيه جائزة ما لم يول عليه أو يضرب على يديه وهو مروي عن مالك وعليه أكثر أصحابه، وأما على مذهب من يرى أن أفعاله مردودة وهو قول ابن القاسم ومطرف فلا يحتاج إليه. انتهى.

ص: ورتب كاتبا عدلا شرطا ش: اعلم أن ترتيبه للكاتب وللمزكي والمترجم على جهة الأولوية هذا ظاهر عباراتهم فإن أبا الحسن الصغير والقرافي جعلاه من [أدب[?1208]] القضاء، وقوله عدلا قال ابن فرحون ذكر بعضهم في صفاته أربعة: العدل والعقل والرأي والعفة وقوله: شرطا كذا في بعض النسخ، وفي بعضها مرضيا، وهي الأولى لأن العدالة ليست شرطا. قال ابن فرحون في تبصرته: قال ابن شاس: ولا تشترط العدالة في الكاتب، ولعله يريد أن القاضي يقف على ما يكتب. انتهى. إلا أني لم أر في الجواهر ما عزاه لابن شاس.

قال ابن عبد السلام: وظاهر نصوصهم أنه لا يستعين مع القدرة إلا بالعدول، فإن لم يجدهم جاز الاستعانة بغيرهم. ثم قال: وقول ابن القاسم في المدونة: ولا يستكتب القاضي أهل الذمة في شيء من أمور المسلمين ولا يتخذ قاسما من أهل الذمة، ولا عبدا ولا مكاتبا، ولا يستكتب من المسلمين إلا العدول المرضيين فلعل هذا مع الاختيار. انتهى. وقال أبو الحسن إثر كلام المدونة: هذا إذا وجد وإلا الأمثل فالأمثل. انتهى.

وقال في التوضيح: ظاهر ما حكاه المتيطي عن ابن المواز أن عدالة الكاتب من باب الأولى؛ لكن قال اللخمي: لا يبعد حمل قول محمد على الوجوب. انتهى. هذا كلامه فتأمله. وأما نظر القاضي فيما يكتبه فنقل في التوضيح عن المازري ما نصه: إن كان غير ثقة فلا بد من إطلاع القاضي على ما يكتبه، فيجلس قريبا منه بحيث يشاهد ما يكتبه عنه، وإن كان عدلا فالمذهب أنه مأمور بالنظر إلى ما يكتب، وقد رجح بعض أشياخي وجوب ذلك على القاضي إذا كان عدلا؛ لأنه إذا شاهد ما يكتب أشهد على نفسه بأمر تيقنه، وإذا عول على الكاتب العدل اقتصر على أمر مظنون مع القدرة على المحقق. انتهى كلام التوضيح. فظاهر قول المازري: فالمذهب أنه مأمور؛ أي على جهة الاستحباب؛ لقوله: / ورجح بعض أشياخي وجوب ذلك، وكذا في ابن عبد السلام: إن كان غير عدل فلا بد من نظره، وإن كان عدلا نظر أيضا، وظاهر كلام المتقدمين أن ذلك على الاستحباب، وتردد بعض الشيوخ في ذلك ومال إلى الوجوب. انتهى كلام ابن عبد السلام. ووظيفة الكاتب أن يكتب ما وقع في مجلسه من الخصوم.

116

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد [عقد الوثيقة خطأ[?1209]] أن يقطعه ويؤدب الكاتب على ذلك. انتهى من فوائد الشيخ جمال الدين الأقفهسي. انتهى كلام المسائل الملقوطة.

فائدة: ما يكتب فيه يسمى القمطر. قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: والقمطر بكسر القاف وفتح

الحديث ....

[1208] *- في آداب وما بين المعقوفين من م42 ويحيى400 وسيد18.

[1209] *? – كذا في المطبوع والذي في مطبوعة المسائل الملقوطة: وللحاكم إذا وجد عقد الوثيقة غلق لا يقرأ أن يقطعه ويأدب الكاتب على ذالك من فوائد القاضي جمال الدين الاقفهسي ص 246

نص خليل كَمُزَكٍّ وَاخْتَارَهُمَا وَالْمُتَرْجِمُ مُخْبِرٌ كَالْمُحَلِّفِ وَأَحْضَرَ الْعُلَمَاءَ أَوْ شَاوَرَهُمْ.

متن الحطاب الميم وسكون الطاء ثم الراء المهملتين الزمام الذي يكتب فيه التذكار، وقد يسمى زمام القاضي. انتهى. والله أعلم.

ص: **كمزك** ش: أي وكذا يرتب مزكيا عدلا ولا كلام في اشتراط العدالة هنا، وقول ابن غازي رحمه الله أي في كونه عدلا رضا فهو كقول الرسالة: "ولا يقبل في التزكية إلا من يقول عدل رضا" أول كلامه واضح، وآخر كلامه بعيد من لفظ المؤلف ومن أول كلامه هو. فتأمله. وقال البساطي: فإن قلت إن حملت كلامه في [الكاتب[1210]] والمزكى على الجنس حتى يدخل فيه العدد [خالف[1211]] الأكثر في اشتراط العدد في الكاتب فإن الأكثر على أنه يكفي الواحد وإن حملت كلامه على الإفراد خالفت الأكثر في المزكي فإنه لا بد من العدد عندهم فيه. انتهى.

قلت: يحمل كلامه على الأول والجنس يحتمل الإفراد كما يحتمل غيره ويلزمه [الإبهام[1212]] وهو قريب. انتهى. وحمله على هذا عبارة ابن شاس لأن فيها ويشترط العدد في المزكي والمترجم دون الكاتب، وفي التوضيح في قول ابن الحاجب: واختار الكاتب والمزكي قوله والمزكي ظاهره الاكتفاء بالواحد. أشهب: ينبغي للقاضي أن يتخذ رجلا صالحا مأمونا منتبها أو رجلين بهذه الصفة يسألان له عن الناس إلى آخر كلام أشهب. ثم قال ابن الماجشون: وكل ما يبتدئ القاضي السؤال عنه والكشف يقبل فيه قول الواحد [وما لم[1213]] يبتدئه هو وإنما يبتدأ به في ظاهر أو باطن فلا بد من شاهدين فيه، ثم ذكر كلام الجواهر. انتهى. فصدر بما تقدم، وقال الشيخ أبو الحسن في التقييد الكبير في أول كتاب القضاء: ابن رشد: وتعديل السر يفترق من تعديل العلانية من وجهين: أحدهما لا إعذار في تعديل السر، والثاني أنه يجتزئ فيه بالواحد وإن كان الاختيار الاثنين، بخلاف تعديل العلانية في الوجهين لا يجوز فيه إلا شاهدان، ويلزم الإعذار فيه إلى المشهود عليه، هذا معنى ما في المدونة صح من البيان. انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. فإذا حمل كلام المصنف على هذا فلا يرد ما قاله أصلا فتأمله. والله الموفق.

ص: **والمترجم مخبر** ش: فيقبل الواحد والاثنان أحسن. انظر قواعد القرافي في أول فرق منها فإنه ذكر فيه الفرق بين الشهادة والخبر فتأمله. والله أعلم. وقال في العمدة: وإذا لم يعرف لغة الخصم فإن كان الحكم لا يتضمن [مالا[1214]] لم يقبل في الترجمة إلا الرجال، والمذهب أنه لا يجزيء واحد وإن/ تضمن مالا فهل يقبل رجل وامرأتان؟ قولان. انتهى. والله أعلم. 117

ص: **وأحضر العلماء [أو شاورهم[1215]]** ش: عطف رحمه الله أحد القولين على الآخر فإن أشهب ومحمدا يقولان يحضرهم، مطرف وابن الماجشون يقولان لا ينبغي أن يحضرهم ولكن يشاورهم. كذا قال

الحديث ....

[1210] – في المطبوع المكاتب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص55 و م ص42 ويم ص52 ومايابى90.

[1211] – في المطبوع ويحيى ص55 خلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 و م ص42 ويم ص52 ومايابى90.

[1212] – في المطبوع الايهام وما بين المعقوفين من م42.

[1213] *– في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من م42 ويحيى400 وسيد81.

[1214] – في المطبوع ما لو لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 116 ويحيى ص55 ويم ص53 وم ص42 ومايابى91.

[1215] – في المطبوع ويم ص53 شاورهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص55 و م ص42 ومايابى91.

نص خليل ....

متن الحطاب
ابن الحاجب. فقال في التوضيح: قيد اللخمي قول مطرف وابن الماجشون [فقال: إلا[1216]] أن يكون مقلدا فلا يسعه القضاء إلا بمحضرهم. قال المازري: وقول مطرف وغيره إنما هو إذا كان فكر القاضي في حال حضورهم كحاله في عدم حضورهم، وأما لو كان حضورهم يكسبه [ضجرا[1217]] حتى لا يمكنه التأمل لما هو فيه فإنه يرتفع الخلاف، وكذلك إذا كان القاضي من البلادة على حال لا يمكنه ضبط قول الخصمين [وتصور[1218]] مقاصدهما حتى يستفتى عنه فإنه يرتفع أيضا الخلاف، ولا يختلف في وجوب حضورهم. انتهى.
وقال في تبصرة ابن فرحون: تنبيه: إطلاقهم المشاورة ظاهره عالما كان بالحكم أو جاهلا، وفي الطرر لابن عات لا يجوز للحاكم أن يشاور فيما يحكم فيه إذا كان جاهلا لا يميز الحق من الباطل، لأنه إذا أشير عليه وهو جاهل لم يعلم أحكم بحق أم بباطل ولا يجوز له أن يحكم بما لا يعلم أنه الحق، ولا يحكم بقول من أشار عليه تقليدا حتى يتبين له الحق من حيث تبين للذي أشار عليه. انتهى. وهذا الأخير. والله أعلم في المجتهد، وفي التبصرة أيضا: قال المازري في شرح التلقين: القاضي مأمور بالاستشارة ولو كان عالما لأن ما [ذاكر فيه[1219]] الفقهاء وبحثوا فيه تثق به النفس ما لا تثق بواحد إذا استبد برأيه، ولا يمنع من ذلك كونهم مقلدين لاختلافهم في الفتوى فيما ليس بمسطور بحسب ما يظن كل واحد منهم أنه [مقتضى[1220]] أصول المذهب. انتهى. وفي التوضيح: قال ابن عطية في تفسيره: ومن لم يستشر أهل العلم والدين فعزله واجب، هذا مما لا خلاف فيه. انتهى. ونقله القرطبي في تفسير سورة آل عمران، وفي ابن عبد السلام، وبالجملة فإن أحوال الخلفاء دلت على اتفاقهم على المشاورة لا سيما في المشكلات. انتهى.
تنبيه: قول المؤلف: "وأحضر العلماء أو شاورهم" هل على الوجوب أو على الاستحباب؟ ظاهر قوله في التوضيح: "ولا يختلف في وجوب حضورهم" وما نقله عن ابن عطية، وظاهر ما تقدم للمازري أن حضورهم واجب، وكذا ابن فرحون في تبصرته فإنه عده في الأمور التي تلزم القاضي في سيرته في الأحكام، واللزوم إنما يستعمل [في الغالب[1221]] في الوجوب، وظاهر قول ابن الحاجب: ولا ينبغي للقاضي أن يثق برأيه ويترك المشاورة أن المشاورة مستحبة أو أولى، فتأمله، فإني لم أر نصا يشفي الغليل.
فرع: قال سحنون: [و[1222]] لا يستشير من شهد عنده فيما شهد فيه حكاه ابن يونس، وقال غير

الحديث ....

[1216] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص56 و م ص42 ويم ص53 ومايابى91.
[1217] – في المطبوع حجرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص56 و م ص42 ومايابى91.
[1218] – في المطبوع ويتصور وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 وم42 (ويحيى56 مقصودهما) (ويم54 مقاصدهما) (ومايابى91 ويتصور مقاصدهما).
[1219] *- في المطبوع ما ذكره فيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يم54.
[1220] *- في المطبوع يقتضي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى401
[1221] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص56 و م ص43 ويم ص54 ومايابى91.
[1222] – ساقطة من المطبوع ومايابى91 ويم ص54 و م ص43 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 117 ويحيى ص56.

نص خليل وَشُهُودًا.

متن الحطاب سحنون لا بأس بذلك. حكاه ابن رشد. انتهى مختصرا من التبصرة. واقتصر في التوضيح على قول سحنون.

فرع: قال في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية: رأيت مالكا كتب إلى عامل في قضاء كان أمضاه عاملان قبله فينظر فيه فجاء رجل يستعين بالكتب إليه فيه فكتب إليه إن كان من قبلك أمضاه بحق فأنفذه لصاحبه، ابن رشد: هذا يدل على أن للفقيه المقبول القول أن يكتب للحكام[1223] بالفتوى ويعلمهم[1224] ما يصنع وإن لم يسأله الحاكم، وهذا في غير القضاة، وأما القضاة فلا ينبغي أن يكتب إليهم بما يفعلون، إلا أن يسألوه؛ لأن ذلك قد يؤدي إلى أنفة تؤذي. انتهى./ 118

مسألة: إذا دعا القاضي العدول إلى قضية ينظرون فيها من فرض نفقة أو إقامة حدود ونحوه وجب عليهم.انظر البرزلي في مسائل القضاء.

ص: وشهودا ش: قال في التوضيح: وإذا كان المشهور أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان فيكون إحضار الشهود واجبا، وإلا فلا فائدة في جلوسه. انتهى. وفي المدونة: ولو أقر أحد الخصمين عنده بشيء وليس عنده أحد ثم يعود إليه المقر فيجحد ذلك الإقرار فإنه لا يقضى عليه به إلا ببينة سواه، فإن لم يكن عنده بينة شهد هو بذلك إلى من فوقه. انتهى.

وقال في النوادر: ومن المجموعة قال مالك وابن القاسم وأشهب: الإقرار عند القاضي في سلطانه وقبل سلطانه سواء، وكذلك في إقرار الخصمين عنده لا يحكم بشيء من ذلك. قال أشهب: ولا بما وجد في ديوانه مكتوبا من إقرار الخصم عنده، فإن قامت على ذلك بينة أنفذها، فإن لم يكن إلا هو وكاتبه شهدا بذلك عند من هو فوقه فأجازه، وإن كان وحده قضى بشهادته مع يمين الطالب. انتهى. ومقابل المشهور أنه إذا سمع إقرار الخصم حكم عليه بما سمع منه وإن لم يحضره شاهدان، وهو قول ابن الماجشون.

قال في النوادر إثر كلامه المتقدم: أما ما أقر به الخصوم عنده في خصومتهم فليقض به، وقاله سحنون وهو أحب إلي من قول ابن القاسم وأشهب، ولو كان غير هذا لاحتاج أن يحضر معه شاهدين أبدا يشهدان على الناس. انتهى. وقال في التوضيح قبل كلامه المتقدم: مذهب مالك وابن القاسم أن القاضي إذا سمع إقرار الخصم لا يحكم عليه حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان ثم يرفعان شهادتهما إليه، وذهب مطرف وابن الماجشون وأصبغ وسحنون إلى أنه يحكم بما سمع وإن لم يشهد عنده بذلك. ابن الماجشون: والذي عليه قضاة المدينة -ولا أعلم مالكا قال غيره- أنه يقضي بما سمع منه وأقر به عنده، وكأنهم رأوا أن الخصمين لما جلسا للخصومة رضيا أن يحكم بينهما بما أقرا به ولذلك قعدا، والأول المشهور. انتهى.

تنبيه: قولهم رفع إلى من فوقه قال أبو الحسن في أواخر كتاب الأقضية: مسألة: إذا رأى القاضي حدا رفع إلى من فوقه، وهل يرفع إلى من دونه؟ قولان. قال عياض: مذهب الكتاب أن أحدا لا يرفع إلى من

الحديث ....

[1223] *- في يحيى401 والبيان ج9 ص171 أن يكتب للحاكم وسيد18 ص117.

[1224] *- في يحيى401 والبيان ج9 ص171 ويعلمه ص117.

نص خليل وَلَمْ يُفْتِ فِي خُصُومَةٍ وَلَمْ يَشْتَرِ بِمَجْلِسِ قَضَائِهِ.

متن الحطاب دونه وتحت يده إلا السلطان الأعظم للضرورة إلى ذلك، وقال في السلطان الأعظم: لا يرفع إلى من دونه ويكون هدرا. انتهى مختصرا. وفي النوادر في ترجمة القاضي يحكم لنفسه أو لولده: وقد يحكم للخليفة وهو فوقه وهو يتهم فيه لتوليته إياه، وحكمه له جائز. انتهى. ونقل الخلاف في الذخيرة.

ص: **ولم يفت في خصومة** ش: انظر هل على الكراهة أو على المنع؟ قال ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب: "ولا يفتي الحاكم في الخصومات": وقال ابن/ عبد الحكم: لا بأس به كالخلفاء الأربعة يريد أنه يجوز له الفتيا فيما عدا مسائل الخصام، وهل له الفتيا في مسائل الخصام؟ قولان: أحدهما: ليس له ذلك لأنه من إعانة الخصوم على الفجور، والثاني إجازة فتياه في مسائل الخصام، وأما تعليم القاضي العلم وتعلمه له فجائز. انتهى. فقوة عبارته تعطي أنه لا يجوز له الفتيا على القول الأول. فتأمله. وعده ابن فرحون في الأمور اللازمة له في سيرته في الأحكام، وفي أوائل مسائل الأقضية من البرزلي ما نصه: ابن الحاج عن ابن المنذر يكره للقاضي الفتوى في الأحكام، وكان شريح يقول أنا أقضي ولا أفتي.

119

قلت: يريد إذا كانت [الفتوى يمكن[1225]] أن تعرض بين يديه ولو جاءته من خارج بلده أو من بعض الكور أو على يد عماله فليجبهم عنها، ثم ذكر كلام ابن الحاجب، وذكر عن ابن المناصف أنه ذكر القولين. ثم قال: الكلام الأول النهي فيه عن فتوى القاضي في الخصومات لأحد الخصمين، والثاني فتواه في جملة الأشياء لا في خصومة بعينها.انتهى.

ص: **ولم يشتر بمجلس قضائه** ش: مفهوم قوله: "مجلس قضائه" أنه لا ينهى عنه في غير مجلس قضائه وهو الذي حصله في التوضيح إلا أنه ينبغي له التنزه عنه مطلقا، وانظر قول المؤلف: "ولم يشتر" هل على المنع أو على الكراهة؟ قال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولا يشتري بنفسه ولا بوكيل معروف" ظاهره في مجلس قضائه وفي غيره، ونحوه ذكره ابن شاس، ومعناه عن محمد بن عبد الحكم ابن عبد السلام ولا تبعد صحته، إلا أن المازري وغيره ذكروا عن المذهب ما يدل على جواز بيعه ابتداء، وحكى المازري عن الشافعي مثل ما حكاه المؤلف هنا. انتهى. أي لأن المازري نقل عن أصحاب مالك أنهم أجازوا للقاضي الشراء إذا لم يكن في مجلس قضائه، ولم يجوزوا له ذلك في مجلس قضائه لما فيه من شغل باله. مطرف وابن الماجشون: ولا يشتغل في مجلس قضائه بالبيع والابتياع لنفسه. أشهب: أو لغيره على وجه العناية منه إلا ما خف شأنه وقل شغله والكلام فيه. سحنون: وتركه أفضل. قال: ولا بأس بذلك في غير مجلس قضائه [له أو لغيره، وما باع أو ابتاع في مجلس قضائه[1226]] فنافذ إلا أن يكون أكره غيره أو هضمه، فليس هذا بعدل، وهو مردود كان في مجلس قضائه أو غيره، والذي ذكره المازري هو الذي في النوادر وغيرها. مطرف وابن الماجشون: ويتنزه عن المبايعة في غير مجلس قضائه. انتهى كلام التوضيح. وفي ابن عبد السلام في قول ابن الحاجب بعد هذه المسألة:

الحديث ....

[1225] *- في المطبوع ويحيى59 ميابى92 الفتوى ممن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1226] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 119 ويحيى ص59 و م ص43 ويم ص80 ومايابى93.

نص خليل

كَسَلَفٍ وَقِرَاضٍ وَإِبْضَاعٍ وَحُضُورِ وَلِيمَةٍ إلاَّ النِّكَاحَ وَقَبُولُ هَدِيَّةٍ وَلَوْ كَافَأَ عَلَيْهَا إلاَّ مِنْ قَرِيبٍ وَهَدِيَّةِ مَنِ اعْتَادَهَا قَبْلَ الوِلاَيَةِ وَكَرَاهَةِ حُكْمِهِ فِي مَشْيِهِ أَوْ مُتَّكِئًا وَإلْزَامِ يَهُودِيٍّ حُكْمًا بِسَبْتِهِ وَتَحْدِيثِهِ بِمَجْلِسِهِ لِضَجَرٍ وَدَوَامِ الرِّضَا فِي التَّحْكِيمِ لِلْحُكْمِ قَوْلاَنِ.

متن الحطاب

ويتورع عن العارية إلى آخره، قد يقال تغيير المؤلف العبارة بين هذه المسألة والتي فوقها يؤذن بأن المنع في الأولى أشد منه في هذه، لأنه أطلق المنع في الأولى وجعله في هذه من باب الورع، فيقال العكس أولى، فكلام التوضيح يؤذن بالمنع على التحريم، وأما كلام ابن عبد السلام فلا دلالة فيه على أن المنع على التحريم لأنه أطلق المنع على المسألة الثانية مع أنه لا شك أنه على سبيل التورع، وفي تبصرة ابن فرحون من الأمور التي تلزم القاضي أنه يكره له البيع والابتياع بمجلس حكمه وبداره، ولا يرد منه شيء إلا أن يكون على وجه الإكراه أو فيه نقيصة على البائع فيرد البيع والابتياع كان بمجلس قضائه أو غيره. قال أشهب: إن عزل والبائع والمبتاع مقيم بالبلد لا يخاصمه ولا يذكر مخاصمته لأحد فلا حجة له والبيع ماض، ولا ينبغي أن يكون له وكيل معروف على البيع والشراء لأنه يفعل مع وكيله من المسامحة ما يفعل معه. انتهى. فصرح رحمه الله بالكراهة، وأن حكم البيع والابتياع واحد، وهو الظاهر، وينبغي أن ينظر فيه مع ما في التوضيح ويرد أحدهما للآخر. والله أعلم.

ص: كسلف وقراض وإبضاع وحضور وليمة إلا لنكاح ش: تصوره واضح، ولا شك أن النهي عن هذه على سبيل التورع، قال ابن/ الحاجب: ويتنزه عن العارية والسلف والقراض والإبضاع. وقال ابن فرحون في الأمور التي تلزم القاضي: منها أن يتجنب العارية والسلف والقراض والإبضاع إلا أن يكون لا يجد بدا من ذلك، فهو خفيف إلا من عند الخصوم أو ممن هو في جهتهم فلا يفعل. انتهى. وقوله إلا لنكاح. قال في التوضيح: ثم إن شاء أكل أو ترك. قال في التبصرة: والأولى له اليوم ترك الأكل. انتهى.

120

فرعان: الأول: في التوضيح: كره مالك لأهل الفضل أن يجيبوا كل من دعاهم.

الثاني: ولا بأس للقاضي بحضور الجنائز وعيادة المرضى وتسليمه على أهل المجالس ورده على من سلم عليه لا ينبغي إلا ذلك. انتهى.

ص: وقبول هدية ولو كافأ عليها إلا من قريب ش: قال في التوضيح: ظاهر قول ابن الحاجب المنع، وعليه ينبغي أن يحمل قول ابن حبيب: لم يختلف العلماء في كراهة قبول الإمام الأكبر وقضاته وجباته الهدايا. قال: وهو مذهب مالك وأهل السنة. انتهى. ويمنع من قبول الهدية، سواء كانت في حال الخصام أو قبله. قاله ابن الحاجب. وقوله: "إلا من قريب" يريد الخاص من الولد والوالد والخالة والعمة وبنت الأخت. قاله ابن فرحون ونحوه في التوضيح.

فروع: الأول: قال ابن فرحون في تبصرته: قال المازري: أما الارتزاق من بيت المال فإن من تعين عليه القضاء وهو غني عن الارتزاق فإنه ينهى عن أخذ العوض على القضاء؛ لأن ذلك أبلغ في المهابة وأدعى [للنفوس إلى اعتقاد[1227]] التعظيم والجلالة، وإن كان القضاء لم يتعين عليه وهو محتاج إلى طلب الرزق من بيت المال ساغ له أخذ ذلك.

الحديث ....

1227 *- في المطبوع للنفوس على اعتقاد وما بين المعقوفين من يحيى 403 وسيد19 ومايابى93.

نص خليل ....

متن الحطاب

الثاني: قال في معين الحكام: قال أصبغ: ولا ينبغي له أن يأخذ رزقه إلا من الخمس والجزية وعشور أهل الذمة. انتهى من ابن فرحون. وقال ابن رشد في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات: وأما القضاة والحكام والأجناد فلهم أن يأخذوا أرزاقهم من العمال المضروب على أيديهم أعني العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك من إعطاء مال الله لمن يرونه بوجه اجتهادهم. وأطال الكلام في ذلك فراجعه، وسيأتي من كلامه[1228] في باب الشهادات عند قول المصنف: "ولا إن أخذ من العمال". والله أعلم.

الثالث: قال في التوضيح: قال ابن حبيب: ويأخذ الإمام من قضاته وعماله ما وجده في أيديهم زائدا على ما ارتزقوه من بيت المال، ويحصي ما عند القاضي حين ولايته ويأخذ ما اكتسبه زائدا على رزقه، وقدر أن هذا المكتسب إنما اكتسبه بجاه القضاء، وتأول أن مقاسمة عمر رضي الله عنه ومشاطرته لعماله كأبي موسى وأبي هريرة وغيرهما إنما فعل ذلك لما أشكل عليه مقدار ما اكتسبوه من القضاء والعمالة. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، ونصه: ابن حبيب للإمام أخذ ما أفاده العمال ويضمه/ إلى ما جبوه. قال: وكل ما أفاده الوالي من مال سوى رزقه في عمله أو قاض في قضائه أو متول أمر المسلمين فللإمام أخذه للمسلمين، وكان عمر إذا ولى أحدا أحصى ماله لينظر ما يزيد، ولذا شاطر العمال أموالهم حيث كثرت وعجز عن تمييز ما زادوه بعد الولاية. قاله مالك، وشاطر أبا هريرة وأبا موسى وغيرهما. انتهى. ونقله في الذخيرة. ثم قال إثره: تمهيد الزائد قد يكون من التجارة والزراعة لا من الهدية ولا تظن الهدايا بأبي هريرة وغيره من الصحابة إلا ما لا يقتضي أخذا، ومع ذلك فالتشطير حسن لأن التجارة لا بد أن ينميها جاه العمل فيصير جاه المسلمين كالعامل والقاضي [أو[1229]] غيره رب المال فأعطى العامل النصف عدلا بين الفريقين، ولذلك لما انتفع عبد الله وعبيد الله بالمال الذي أخذاه من الكوفة سلفا في القصة المشهورة قال عبد الرحمن بن عوف لعمر رضي الله عنهما: اجعله قراضا يا أمير المؤمنين، فجعله قراضا، ولولا هذه القاعدة كيف يصير القرض قراضا.انتهى. فتأمل ذلك وتقدم الكلام على قصتهما في أول باب القراض فراجعه. والله أعلم.

121

الرابع: قال ابن فرحون: قال في معين الحكام: وكذلك الشهود لا يجوز لهم قبول الهدية من أحد الخصمين ما دامت الحكومة بينهما.

الخامس: قال ابن فرحون: قال ابن عبد الغفور: ما أهدي إلى الفقيه من غير حاجة فجائز له قبوله وما أهدي إليه رجاء [الفوز[1230]] على خصمه أو في مسألة تعرض عنده رجاء قضاء حاجته على خلاف المعمول به فلا يحل قبولها، وهي رشوة يأخذها، وكذلك إذا تنازع عنده خصمان فأهديا إليه جميعا أو أحدهما يرجو كل واحد منهما أن يعينه في حجته أو عند حاكم إذا كان ممن يسمع منه ويوقف عنده فلا يحل له الأخذ منهما ولا من أحدهما. انتهى. وقال ابن عرفة: قال بعض المتأخرين

الحديث ....

[1228] *- في سيد19 ويحيى403 ومايابى94 وم44 ويم80 وسياتي شيء من كلامه.

[1229] - ساقطة من المطبوع ويحيى ص59 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 121 و م ص44 ويم ص55 ومايابى94.

[1230] - في المطبوع العون وما بين المعقوفين من م44 ويم80 ومايابى94 وسيد19 ويحيى403.

نص خليل ....

متن الحطاب ما أهدي للمفتي إن كان ينشط للفتيا أهدي له أم لا، فلا بأس [به[1231]] وإن كان إنما ينشط إذا أهدي له فلا يأخذها، وهذا ما لم تكن خصومة، والأحسن أن لا يقبل من صاحب الفتيا، وهو قول ابن عيشون وكان يجعل ذلك رشوة.

قلت: قد يخف قبولها لمن كان محتاجا ولا سيما إن كان اشتغاله بأصولها يقطعه عن التسبب ولا رزق له عليها من بيت المال، وعليه يحمل ما أخبرني به غير واحد عن الشيخ الفقيه أبي علي بن علوان أنه كان يقبل الهدية ويطلبها ممن يفتيه، [وفي الطرر[1232]] -وظاهره لابن عيشون-: ومن هذا [إعطاء[1233]] الرعية للعلماء والمتعلقين بالسلطنة لدفع الظلم عنهم فيما يهدونه لهم ويخدمونهم هو باب من أبواب الرشوة؛ لأن دفع الظلم واجب على كل من قدر على دفعه عن أخيه المسلم وعن الذمي. انتهى.

السادس: قال القرافي في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: فرع: قال بعض العلماء إذا عجزت عن إقامة الحجة الشرعية، فإن استعنت على ذلك بوال يحكم بغير الحجة الشرعية أثم دونك إن كان الحق جارية يستباح فرجها، بل يجب ذلك عليك لأن مفسدة الوالي أخف من مفسدة الزنا والغصب، وكذلك الزوجة، وكذلك استعانتك بالأجناد يأثمون ولا تأثم، وكذلك في غصب الدابة وغيرها [أو جحد[1234]] ذلك؛ لأن الصادر من المعين عصيان لا مفسدة فيه والجحد والغصب عصيان [و[1235]]مفسدة، وقد جوز الشارع الاستعانة بالمفسدة لا من جهة أنها مفسدة على درء مفسدة أعظم منها كفداء الأسير، فإن أخذ الكفار لمالنا حرام عليهم وفيه مفسدة إضاعة المال فما لا مفسدة فيه أولى أن يجوز. فإن كان الحق يسيرا نحو كسرة أو تمرة حرمت الاستعانة على تحصيله بغير حجة شرعية؛ لأن الحكم بغير ما أمر الله أمر عظيم لا يباح باليسير. انتهى كلامه بلفظه. ولم يذكر غيره فتوجيهه إياه واقتصاره عليه يقتضي أنه ارتضاه. والله أعلم.

السابع: قال ابن فرحون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان الظلم محققا.

122 انتهى. وقال ابن عرفة إثر نقله كلام بعضهم:/ ويقوم هذا من قولها وإن طلب السلابة طعاما أو ثوبا أو شيئا خفيفا رأيت أن يعطوه. انتهى. وقال البرزلي قبل مسائل الطهارة بنحو صفحة: وفي الطرر: قال ابن عيشون: أجاز بعضهم إعطاء الرشوة إذا خاف الظلم على نفسه وكان [محققا.[1236]] وقال

الحديث ....

[1231] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص121 ومايابى94 ويم80.

[1232] *– في المطبوع في الطراز وما بين المعقوفين انظر له البرزلي ج1 ص130.

[1233] – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع انقطاع وهو الذي في ميابى94 ويحيى59 ويم55 و م50 والبرزلي ج1 ص130.

[1234] *– في المطبوع وحجة ذلك وما بين المعقوفين من الذخيرة ج8 ص466.

[1235] – سقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 121 ويحيى ص59 وم ص44 ويم ص55 ومايابى95.

[1236] – في المطبوع محقا وما بين المعقوفين من ن ذي ص122 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الظاهر ابقاء ما في المطبوعة ولم يرد هذا القيد في مطبوعة البرزلي ج1 ص130.

نص خليل وَلاَ يُحْكَمُ مَعَ مَا يُدْهِشُ عَنِ الْفِكْرِ وَمَضَى وَعَزَّرَ شَاهِدَ زُورٍ فِي الْمَلاِ بِنِدَاءٍ وَلاَ يَحْلِقُ رَأْسَهُ أَوْ لِحْيَتَهُ وَلاَ يُسَخِّمُهُ ثُمَّ فِي قَبُولِهِ تَرَدُّدٌ وَإِنْ أَدَّبَ التَّائِبَ فَأَهْلٌ وَمَنْ أَسَاءَ عَلَى خَصْمِهِ أَوْ مُفْتٍ أَوْ شَاهِدٍ لاَ بِشَهِدْتَ بِبَاطِلٍ.

متن الحطاب قبله: قال أبو بكر [بن يونس: [1237]] يحرم على القاضي أخذ الرشوة في الأحكام يدفع بها حقا أو [يشد[1238]] بها باطلا، وأما أن يدفع بها عن [ملك[1239]] فلا بأس. ابن عيشون: وإن تبين له الحق فيمتنع من إنفاذه رجاء أن يعطيه صاحبه شيئا ثم ينفذه له، فإن حكمه مردود غير جائز، ويتخرج على أحكام القاضي [الفاسق[1240]] إذا صادف الحق هل يمضي أم لا؟ انتهى.

ص: ولا يحكم مع ما يدهش عن الفكر ومضى ش: قال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: كالغضب والهم والجوع والعطش والضجر والحنق، وكذلك إذا أخذ من الطعام فوق ما يكفيه، فإن حكم وهو بحال ما ذكر مضى. انتهى. والنهي على المنع. انظر أبا الحسن الصغير في أول كتاب الأقضية والبساطي. والله أعلم.

ص: وعزر شاهدا بزور في الملإ ش: قال ابن عرفة: شاهد الزور هو الشاهد بغير ما يعلم عمدا ولو طابق الواقع كمن شهد بأن زيدا قتل عمرا وهو لا يعلم قتله إياه، وقد كان قتله، ولو كان لشبهة لم يكنه، وقول الباجي من ثبت عليه أنه شهد بزور، فإن كان لنسيان أو غفلة فلا شيء عليه، ومن كثر ذلك منه ردت شهادته ولم يحكم بفسقه يقتضي أن غير العامد شاهد زور، ويرد بما في استحقاقها إن شهدوا بموت رجل ثم قدم حيا، فإن ذكروا عذرا كرؤيتهم إياه صريعا في قتلى أو قد طعن فظنوا أنه قد مات [فليست[1241]] شهادتهم زورا، وإلا فهم شهداء [زور.[1242]] اهـ. وسئلت عن رجل شهد عند القاضي أن هذه المرأة ليس لها ولي فزوجها القاضي، ثم ظهر أن لها ولدا ولم يكن الشاهد علم أن لها ولدا فهل تكون شهادته هذه شهادة زور، ويقال فيه إنه شاهد زور فيكون ذلك قادحا في شهادته، أو لا يقدح ذلك في شهادته، ولا يجوز أن ينسب إلى الزور، وإذا نسبه أحد إلى الزور فهل يحرم عليه [ذلك[1243]] ويستحق التعزير،/ وهل يجب على الزوج أن يطلق المرأة أم لا؟ فأجبت: إذا كان الشاهد لا يعلم أن للمرأة ولدا فليس بشاهد زور، ولا يقدح ذلك في شهادته بعد ذلك، ولا يجوز لأحد أن يقول إنه شاهد زور، ومن قال إنه شاهد زور، فإن القاضي يزجره على ذلك بحسب ما يراه والنكاح الذي عقده القاضي مع وجود ولد المرأة صحيح، وليس بفاسد، ولا يجب على الزوج أن يطلق

123

الحديث ....

[1237] *- في المطبوع بن أويس وما بين المعقوفين من البرزلي ج1 ص130.

[1238] – في المطبوع يشهد (ويحيى ص59 شبها باطلا) (ويم ص55 يشردها باطلا) وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ومايابى95.

[1239] – في المطبوع مالك ويحيى ص59 ويم 55 و م ص 44 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ومايابى95.

[1240] – في المطبوع الفاسدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحيى ص59 ويم ص55 و م ص44 ومايابى95.

[1241] *- في المطبوع فليس وما بين المعقوفين من يحيى404 وسيد19 ومايابى95 ويم80.

[1242] *- في المطبوع الزور وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى95.

[1243] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 122 ويحيى ص59 ويم ص56 و م ص44 ومايابى95.

نص خليل كَلِخَصْمِهِ كَذَبْتَ وَلْيُسَوِّ بَيْنَ الْخَصْمَيْنِ وَإِنْ مُسْلِمًا وَكَافِرًا وَقُدِّمَ الْمُسَافِرُ وَمَا يُخْشَى فَوَاتُهُ ثُمَّ السَّابِقُ قَالَ وَإِنْ بِحَقَّيْنِ بِلاَ طُولٍ ثُمَّ أَقْرِعَ.

متن الحطاب الزوجة. نعم لا يجوز الإقدام عليه إذا علم أن لها ولدا، فإذا وقع ونزل صح النكاح. والله أعلم.

ص: كلخصمه كذبت ش: انظر رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه إذا قال رجل لرجل من سراة الناس كذبت وأثمت فإنه يعزر بالسوط إذا كان في مشاتمة، لأنه بمنزلة قوله كذاب، وأما إن نازعه في شيء فقال له أنت في هذا كاذب آثم فلا يجب عليه في ذلك أدب، وينهى عنه ويزجر إن كان لا يتعلق به حق فيما نازعه فيه، ويجري قول الرجل للرجل يا كذاب على التفصيل الذي في قوله يا كلب. انتهى. ونقله في النوادر وصاحب التبصرة في الفصل الحادي عشر في التعزيرات الشرعية من القسم الثالث، وتقدم له شيء من ذلك في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم، ومسألة قول الرجل للرجل يا كلب ذكرها قبل هذه المسألة بمسألتين، وكذلك في النوادر وكذلك في التبصرة قبل مسألة كذبت وأثمت بيسير، وفي التبصرة في هذا الفصل وفي البيان في مسألة يا كلب معنى [ذي[1244]] الهيئة ورفيع القدر. والله أعلم.

وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان في قوله: يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي ما حلف عليه ولا يتورع عن شيء[1]: فيه أن الرجل إذا رمى خصمه حال الخصومة بجرحة أو خلة سوء [لمنفعة[1245]] يستخرجها في خصامه وإن كان في ذلك أذى خصمه لم يعاقب إذا عرف صدقه في ذلك، بخلاف لو قاله على سبيل المشاتمة والأذى المجرد، وذلك إذا كان ما رماه به من نوع دعواه، ولينبه بها على حال المدعى عليه لقول الحضرمي إنه فاجر إلى آخره، ولم ينكره النبي صلى الله عليه وسلم ولا زجره، ولو رمى خصمه بالغصب وهو ممن لا يليق به أدب عندنا، ولم تعلق به الدعوى. اهـ. ونقله الأبي، ثم نقل عن القرطبي ما نصه: الجمهور على أدب من صدر منه شيء من ذلك بعموم تحريم السباب، وأجابوا عن الحديث بأن الكندي علم منه ذلك، وأنه لم يقم بحقه وأنه لم يقصد إذايته وإنما قصد استخراج حقه. انتهى. وقال في المدونة في كتاب القذف: ومن آذى مسلما أدب. قال ابن ناجي: ظاهره وإن لم يحضر الموذى فإن القاضي يؤدبه إذا كان ذلك بحضرته، وهو كذلك، وكون القاضي لا يحكم بعلمه فيما كان بمجلسه إنما هو في الأموال، وأما هذا فيحكم. انتهى.

ص: وإن [بحقين[1246]] ش: قال ابن عرفة بعد ذكره ما عزاه المؤلف للمازري: قلت: ظاهره أن هذا غير منصوص لأصحابنا، وفي النوادر لأصبغ إذا قضى بين الخصمين في أمر اختصما فيه ثم أخذا

الحديث 1 – عن علقمة بن وائل عن أبيه قال جاء رجل من حضرموت ورجل من كندة إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال الحضرمي يا رسول الله إن هذا قد غلبني على أرض لي كانت لأبي فقال الكندي هي أرضي في يدي أزرعها ليس له فيها حق فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم للحضرمي ألك بينة قال لا قال فلك يمينه قال يا رسول الله إن الرجل فاجر لا يبالي على ما حلف عليه وليس يتورع من شيء فقال ليس لك منه إلا ذلك فانطلق ليحلف فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لما أدبر أما لئن حلف على ماله ليأكله ظلما ليلقين الله وهو عنه معرض.مسلم كتاب الإيمان رقم الحديث 139

1244 – في المطبوع دنئ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص59 ويم ص56 و م ص45 ومايابى96.

1245 *– في المطبوع بمنفعة وما بين المعقوفين من يحيى404 وم45 ويم81 ومايابى96 وسيد19.

1246 – في المطبوع بيقين وما بين المعقوفين من ن عدود ص 123 ويحيى ص59 ويم ص56 و م ص45 ومايابى96.

نص خليل وَيَنْبَغِي أَنْ يُفْرِدَ وَقْتًا أَوْ يَوْمًا لِلنِّسَاءِ كَالْمُفْتِي وَالْمُدَرِّسِ وَأَمَرَ مُدَّعٍ تَجَرَّدَ قَوْلُهُ عَنْ مُصَدِّقٍ بِالْكَلَامِ وَإِلاَّ فَالْجَالِبُ وَإِلاَّ أَقْرِعَ فَيَدَّعِي بِمَعْلُومٍ مُحَقَّقٍ قَالَ وَكَذَا شَيْءٌ وَإِلاَّ لَمْ تُسْمَعْ كَأَظُنُّ وَكَفَاهُ بِعْتُ وَتَزَوَّجْتُ وَحُمِلَ عَلَى الصَّحِيحِ وَإِلاَّ فَلْيَسْأَلْهُ الْحَاكِمُ عَنِ السَّبَبِ.

متن الحطاب في حجة أخرى، فإن كان بين يديه غيرهما لم يسمع منهما حتى يفرغ ممن بين يديه إلا أن يكون شيء لا ضرر فيه لمن حضره، فلا بأس أن يسمع منهما. انتهى.

124 ص: وينبغي أن يفرد وقتا أو يوما للنساء ش: قال القرطبي في شرح قوله عليه/ الصلاة والسلام للنساء: {اجتمعن يوم كذا[1]} يدل على أن الإمام ينبغي له أن يعلم النساء ما يحتجن إليه من أمر أديانهن، وأن يخصهن بيوم مخصوص لذلك، لكن في المسجد أو ما كان في معناه لتؤمن الخلوة بهن، فإن تمكن من ذلك بنفسه فعل، وإلا استنهض الإمام شيخا يوثق بعلمه ودينه لذلك حتى يقوم بهذه الوظيفة. انتهى.

ص: وأمر مدع تجرد قوله عن مصدق بالكلام ش: قال ابن عرفة: المدعي من عريت دعواه عن مرجح غير شهادة والمدعى عليه من اقترنت دعواه به أي بالمرجح، فقول ابن الحاجب: المدعي من تجرد قوله عن مصدق يبطل عكسه بالمدعي ومعه بينة، ونحوه لابن شاس. انتهى. ولا يرد ما قاله لأن الكلام في معرفة المدعي والبينة إنما يأتي بها بعد معرفة كونه مدعيا فتأمله. والله أعلم.

ص: فيدعي بمعلوم محقق قال وكذا شيء ش: قال ابن فرحون في تبصرته: الشرط الأول أن تكون معلومة، فلو قال لي عليه شيء لم تسمع دعواه لأنها مجهولة. قاله ابن شاس. ولعله يريد إذا كان يعلم قدر حقه وامتنع من بيانه، وقد قال المازري في هذه الدعوى: وعندي أن هذا الطالب لو أيقن بعمارة ذمة المطلوب بشيء وجهل مبلغه وأراد من خصمه أن يجاوبه عن ذلك بإقرار بما ادعى على

125 وجه التفصيل، وذكر المبلغ والجنس لزم المدعى عليه الجواب، أما لو قال لي عليه شيء من فضلة/ حساب لا أعلم قدره وقامت له بينة أنهما تحاسبا وبقيت له عنده بقية لا علم لهم بقدرها فدعواه في هذه الصورة مسموعة، وكذلك لو ادعى حقا له في هذه الدار أو الأرض وقامت له بينة أن له فيها حقا لا يعلمون قدره فهي دعوى مسموعة، وسيأتي كثير من هذا المعنى في باب القضاء بالشهادة الناقصة. انتهى. فقوله: "أما إلى آخره" يدل على أن هذا يسمع بلا خلاف، فهو [مخصص[1247]] لقول المؤلف: "معلوم"، وقوله: "بمعلوم محقق" نحوه لابن الحاجب، فأورد عليه ابن عرفة توجيه يمين التهمة على القول بها. فتأمله. والله أعلم.

الحديث 1 – عن أبي سعيد الخدري قال جاءت امرأة إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ذهب الرجال بحديثك فاجعل لنا من نفسك يوما نأتيك فيه تعلمنا مما علمك الله قال اجتمعن يوم كذا وكذا فاجتمعن فأتاهن رسول الله صلى الله عليه وسلم فعلمهن مما علمه الله ثم قال ما منكن من امرأة تقدم بين يديها من ولدها ثلاثة إلا كانوا لها حجابا من النار فقالت امرأة واثنين واثنين واثنين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم واثنين واثنين واثنين، أخرجه مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والأدب، رقم الحديث 2633.

[1247] – في المطبوع مخصوص وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص60 ويم ص56 و م ص45 ومايابى97.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت:** ومسائل المدونة وغيرها صريحة في أنه تسمع الدعوى بالمجهول إذا كان لا يعلم قدره. قال في آخر كتاب الشفعة من المدونة: ومن ادعى حقا في دار بيد رجل فصالحه منه فإن جهلاه جميعا جاز ذلك، وإن عرف المدعي دعواه منها فليسمه، فإن لم يسمه بطل الصلح ولا شفعة فيه. انتهى. وقال المتيطي في كتاب الصلح: لو شهد الشهود للقائم في الدار المقوم فيها بحصة لا يعرفون مبلغها ففي كتاب ابن حبيب في رواية مطرف عن مالك أنه يقال للمشهود عليه أقر بما شئت منها واحلف عليه، فإن أبى قيل للمشهود له سم ما شئت منها واحلف عليه وخذه، فإن أبى أخرجت الدار من المطلوب ووقفت حتى يقر بشيء.

قال مطرف: وقد كنا نقول وأكثر أصحابنا إنه إذا لم يعرف الشهود الحصة فلا شهادة لهم، ولا يلزم المطلوب شيء حتى قال ذلك مالك، فرجعنا إلى قوله واستمرت الأحكام به. انتهى.

مسألة: ليس من تمام صحة الدعوى أن يذكر السبب، يؤخذ ذلك من قول المصنف بعد هذا: "ولمدعى عليه السؤال عن السبب" وإذا لم يلزم ذلك فأحرى [أن يكون[1248]] من شرط صحتها ذكر تسليم المبيع إذا كان مثليا، وهو واضح، وهذا بخلاف الشهادة على ما ذكره ابن فرحون في الفصل الثامن فيما ينبغي للقاضي أن يتنبه له في أداء الشهادة. والله أعلم. ثم قال ابن فرحون: الشرط الثاني من شروط الدعوى أن تكون مما لو أقر بها المدعى عليه لزمته، كمن ادعى على رجل هبة وقلنا الهبة تلزم بالقول فيلزم المدعى عليه الجواب بإقرار أو إنكار، وإن قلت بقول المخالف والقول الشاذ عندنا أن الهبة لا تلزم بالقول فذهب بعض الناس إلى أن الجواب فيه لا يلزم، وكذلك العدة على القول بعدم اللزوم، وكذا الوصية، وذكر شروطا أخرى فانظرها فيه. وانظر أيضا الباب الثامن والعشرين من القسم الثاني في القضاء بالاتهام وأيمان التهم. قال فيه. قال أبو الحسن الصغير: المشهور أن اليمين تجب بمجرد الاتهام [وإن لم[1249]] يحقق الدعوى، والظاهر أنه يريد بعد إثبات أن المدعى عليه ممن تلحقه التهمة فيما ادعى عليه به. انظر بقيته.

فرع: قال ابن فرحون في تبصرته: فصل في تصحيح الدعوى: والمدعى به أنواع، فإن كانت الدعوى في شيء من الأعيان وهو بيد المدعى عليه فتصحيح الدعوى أن يبين ما يدعي به ويذكر أنه في يد المذكور؛ يعني المطلوب بطريق الغصب أو العداء أو الوديعة أو العارية أو الرهن أو الإجارة أو المساقاة أو غير ذلك، ولا يشترط في الدعوى أن يسأل الحاكم النظر بينهما بما يوجب الشرع. انتهى. قوله: "أو غير ذلك" يدخل فيه أن يقول ضاع مني أو سرق مني، ولا أدري بماذا وصل إلى هذا الذي هو في يديه وهذا مستفاد من نصوص أهل المذهب. قال اللخمي في كتاب الشهادات: فصل: وإن ادعى عبدا في يد رجل وقال أبق مني، فإن كانا من بلد واحد كلف أن يأتي بلطخ أنه ملكه؛ لأن ملك ذلك لا يخفى على جيرانه وأهل سوقه، وإن كان أحدهما طارئا لم يحلف أحدهما الآخر [لأنه[1250]] إن ادعى

الحديث ....

[1248] *- علق عليه الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب (فأحرى أن لا يكون).

[1249] *- في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من مايابى97 ويم81 ويحيى405 وسيد20 وم45.

[1250] - في المطبوع كأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص60 ويم ص56 و م ص45 ومايابى98.

نص خليل ثمَّ مُدَّعًى عَلَيْهِ تَرَجَّحَ قَوْلُهُ بِمَعْهُودٍ أَوْ أَصْلٍ بِجَوَابِهِ.

متن الحطاب الطارئ على المقيم قال المدعى عليه أنت لا تدعي على معرفة ذلك لأني لست من بلدك [ويجوز[1251]] أن يكون صادقا، وكذلك إن ادعى المقيم عبدا أتى به الطارىء لم يحلفه لأنه لا علم عنده هل هو ملكه أم لا؟ فإن أقام شاهدا أنه عبده حلف معه، وإن نكل لم يرد اليمين لأن الآخر لا

126

علم عنده فلا يحلف/ على تكذيب الشاهد. انتهى؟ انظر بقية كلامه وكلام المدونة وشروحها، وانظر ابن فرحون في فصل توقيف الشيء المدعى فيه، فإن كلامه أصرح من هذا. والله أعلم.

ص: ثم مدعى عليه ترجح قوله بمعهود أو أصل ش: المعهود هو شهادة العرف ونحوه، والأصل استصحاب الحال. قاله ابن عبد السلام. والله أعلم.

مسألة: قال ابن فرحون في الكلام على القسم الثالث من أقسام الجواب عن الدعوى ما نصه: مسألة: إذا ادعى رجل قبل رجل حقوقا وكشفه عن بعضها، وسأله الجواب عما كشفه عنه، فقال له المطلوب اجمع [مطالبك[1252]] حتى أجيبك لم يكن له ذلك، وله أن يطلب من حقوقه ما شاء ويترك ما شاء، وإن كان إنما قال له هل لك في هذه القرية شيء غير الابتياع الذي قمت به علي، فقال له خصمه جاوبني عن الابتياع أولا، فليس له ذلك حتى يقول له ليس لي دعوى غير الابتياع، وحينئذ يلزم المطلوب الجواب بالإقرار أو الإنكار.

قال المتيطي: وهذا خلاف ما حكاه ابن أبي زمنين في التفرقة بين المواريث وغيرها؛ لأن المواريث لا يحاط بها فيلزم المدعى عليه الجواب على ما ادعي عليه فيها، بخلاف غير المواريث لا يلزم المدعى عليه الجواب حتى يجمع المدعي دعاويه كلها. انتهى. وذكرها بعد هذا في فصل مسائل تتعلق بحكم اليمين، ونصه: مسألة: قال ابن أبي زمنين في المقرب: ومن وجبت له على رجل يمين لبعض ما جرى بينهما من المعاملات في الأخذ والإعطاء، فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك إن كنت تزعم أن لك عندي مطلبا غير هذا الذي تريد إحلافي عليه لأحلف في جميع ذلك يمينا واحدة فهو من حق المدعى عليه بخلاف من وجبت له يمين على صاحبه بسبب ميراث فقال المدعى عليه للمدعي اجمع مطالبك قبلي في هذا الميراث لأحلف لك على هذا كله يمينا واحدة لم يكن له ذلك؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وقد تقدم في فصل الجواب عن الدعوى حكم هذه المسألة، وفيها من الخلاف غير هذا. انتهى. وفي الفصل الثاني من مفيد الحكام ابن أبي زمنين: ومن لزمتك له يمين بلا بينة إلا بمجرد الدعوى في قول من يرى ذلك فلك أن تقول له اجمع دعاويك كلها قبلي لأدخلها في يميني ولو لزمتك له بسبب ميراث لم يكن لك أن تقول اجمع دعاويك كلها [قبلي[1253]] لأدخلها في يميني؛ لأن الميراث لا يحاط بالحقوق فيه، وهذا الذي أخذنا عن مشيختنا. انتهى. ولم يحك فيه خلافا، وبهذا جرى العمل في هذا الزمان، وذكر في التبصرة بعد هذه المسألة في الموضع الثاني مسألة من الوثائق المجموعة تشهد لهذا؛ وهي من ادعى بحقوق وزعم أنه لا

الحديث ....

[1251] – في المطبوع ولا يجوز وما بين المعقوفين من ن عدود ص 125 ويحيى ص60 ويم ص56 و م ص45 ومايابى98.

[1252] *– في المطبوع مطالبتك وما بين المعقوفين من يحيى406 وم45 ويم82.

[1253] ساقطة من المطبوع ومايابى98 ويحيى ص60 ويم ص57 و م ص46 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 126.

نص خليل ....

متن الحطاب بينة له على بعضها وله بينة على بعضها وأراد استحلافه فيما لا بينة له فيه ويبقى على إقامة البينة فيما له فيه بينة فإنه إن التزم أنه إن لم تقم له بينة فيما زعم أن له فيه بينة لم تكن له يمين على المدعى عليه فإنه يحلفه الآن، فإن أقام البينة وإلا فلا يمين له عليه، وإن لم يلتزم ذلك لم يستعمل يمينه حتى يقيم البينة، فإن أقامها وإلا جمع دعاويه وحلف له على الجميع. انتهى.

فرع: وإذا قلنا إن [الدعاوي تجمع[1254]] في يمين واحدة فإذا كان بعضها مما تغلظ فيه اليمين وبعضها لا تغلظ فيه اليمين، فإن من وجبت عليه اليمين يخير بين أن يحلف يمينا واحدة في المسجد وبين أن يحلف على ما لا تغلظ فيه في غير المسجد، ثم يحلف أخرى في المسجد، ذكره ابن سهل في ترجمة جمع الدعاوى في يمين واحدة.

تنبيه: قوله ثم مدعى عليه هذا إذا كان المدعى عليه ممن يصح إقراره، فإن كان ممن لا يصح إقراره فقال ابن فرحون في تبصرته: ليس للحاكم أن يسمع الدعوى على من لا يصح إقراره. قاله في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم، واعلم أن الدعوى على المحجور على ثلاثة أقسام:

القسم الأول: أن يدعى عليه بما لا يلزمه ولو قامت به البينة كالبيع والشراء والسلف والإبراء، فهذا لا يسمع القاضي الدعوى به ولا البينة، والقسم الثاني ما يلزمه في ماله إذا قامت به البينة ولا يلزمه بإقراره/ كالغصب والاستهلاك والإتلاف واستحقاق شيء من ماله ونحو ذلك من الجراح التي لا توجب القصاص، وإنما توجب المال، فهذا يسمع القاضي الدعوى به، ويكلف المدعي إثبات ما ادعاه، ويحكم به في مال المحجور، ولا يكلف المحجور إقرارا ولا إنكارا. القسم الثالث ما يلزم المحجور إذا أقر به كالطلاق والجراح التي توجب القصاص إذا كان المحجور بالغا فهذا تسمع الدعوى فيه ويكلف الإقرار والإنكار، وهذا التقسيم مأخوذ من كلام ابن فرحون المشار إليه، وما ذكره في باب الحجر من أنه يلزمه الطلاق والحدود ونحو ذلك فتأمله. والله أعلم. وأما عكس هذا وهو دعوى المحجور على غيره فقال في معين الحكام: يجوز للمحجور طلب حقوقه كلها عند قاض أو غيره ولا يمنع من ذلك في حضور وصيه أو غيبته. قال ابن بكير: وله أن يوكل على ذلك ليعلم ما يتوجه إليه، وخالفه غيره في ذلك. انتهى.

127

وقال في المتيطية في الوصايا في فصل تقديم الوصي: قال غير واحد من الموثقين: وللسفيه طلب حقوقه بمحضر وصيه وفي مغيبه، والخصام فيها وليس له أن يوكل على طلبها، وقال ابن بقي وغيره له أن يوكل، كما له أن يطلب، وعلى هذا مضى العمل. انتهى. وقال ابن رشد في نوازله للمحجور أن يطلب وصيه وغيره بما له قبله من حق ليظهره وليبينه، فإن ظهر من وصيه إنكار لحقه وجحد عزل عنه. انتهى. وانظر القلشاني عند قول الرسالة: "ومن قال رددت إليك ما وكلتني عليه".

فرع: قال في معين الحكام: ولو طلب يتيم ولا وصي له ولا مقدم حقا له فسأل المطلوب أن يقدم عليه لأجل الخصام فلا يمكن من ذلك، وإذا استحق اليتيم حقه قدم القاضي من يقبضه له، ويجوز الاحتساب للأيتام إن لم يكن لهم ولي إلا أن يخاف ضعفه. انتهى.

الحديث ....

[1254] *- في المطبوع تجتمع وما بين المعقوفين من يحيى406 وسيد20 ويم82 ومايابى99 وم46.

نص خليل

إنْ خَالَطَهُ بِدَيْنٍ أَوْ تَكَرُّرِ بَيْعٍ وَإِنْ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ لاَ بِبَيِّنَةٍ جُرِحَتْ إلاَّ الصَّانِعَ وَالْمُتَّهَمَ وَالضَّيْفَ وَفِي مُعَيَّنٍ وَالْوَدِيعَةَ عَلَى أَهْلِهَا وَالْمُسَافِرَ عَلَى رُفْقَتِهِ وَدَعْوَى مَرِيضٍ أَوْ بَائِعٍ عَلَى حَاضِرِ الْمُزَايَدَةِ فَإِنْ أَقَرَّ فَلَهُ الإِشْهَادُ عَلَيْهِ وَلِلْحَاكِمِ تَنْبِيهُهُ عَلَيْهِ.

متن الحطاب

ص: إن خالطه بدين أو تكرر بيع وإن بشهادة امرأة ش: ما قاله الشارح وابن غازي كاف في ذلك، وظاهره أن المرة الواحدة في الدين تكفي وهو كذلك كما سيأتي في الفرع الآتي، ونصه: فرع: قال في التوضيح: وفي سماع يحيى عن ابن القاسم من كتاب الشهادات فيمن يأتي قوما بذكر حق كتبه على نفسه لرجل غائب فيشهد بما فيه لا أرى أن يكتب [فيه لأني أخاف[1255]] [أن يكتب[1256]] على نفسه لرجل غائب ليستوجب بذلك مخالطته فيحلفه إن ادعى عليه بعض الشيوخ فظاهره أن المرة الواحدة مخالطة.انتهى كلام التوضيح في كلامه على الخلطة، وقال الشيخ أبو الحسن في كلامه على نفقة الزوجة من كتاب النكاح الثاني عن أبي محمد صالح: ينبغي لمن أتاه رجل بكتاب فيه دين فقال له اشهد علي بما فيه أن لا يشهد إلا بحضور من له الدين خوفا من هذا.

قال الشيخ: وذكر الشيخ ابن رشد في سماع يحيى أن الموثق إذا أراد أن يتحرز من هذا يكتب أقر فلان لفلان بدين من غير محضر من المقر له. قال الشيخ: وهذا أبين مما قاله أبو محمد صالح فيكتب إقراره كما ذكر، ثم لا يحكم له بذلك حتى/ يقدم فإن ادعاه أنفذ، والعمل اليوم على إيجاب اليمين من غير خلطة فلا يحتاج إلى التحرز مما ذكر. انتهى. والله اعلم. 128

ص: والضيف ش: قال ابن غازي: الثالث الغريب ينزل بمدينة فيدعي على رجل منها أنه استودعه مالا فكأنه عبر بالضيف عن الغريب الطارئ على البلد، سواء ضيفه المدعى عليه أم لم يضيفه، وبهذا يساعد نص المتيطي ويتبادر من عبارة المصنف غير هذا، ولكن لم أر من ذكره. انتهى. وقد ذكره ابن فرحون في تبصرته، ونصه: ومنها الرجل يتضيف عند الرجل فيدعي عليه. انتهى. ومن المواضع التي لا [تحتاج[1257]] إلى اثبات الخلطة. قال ابن فرحون: لو لقي رجل رجلا فادعى عليه بقية كرائه حلف المدعى عليه أنه ما اكترى منه شيأ، وكذلك إن كان المدعى عليه هو صاحب الدابة حلف إن كان منكرا. انتهى.

ص: وفي معين ش: انظر الإكمال في حديث الحضرمي والكندي من كتاب الإيمان [فإنه أطال[1258]] الكلام عليه وذكر الفوائد المستنبطة من هذا الحديث[1]. والله أعلم.

ص: وللحاكم تنبيهه عليه ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: وظاهره التخيير وفي النوادر عن ابن عبد الحكم، وإذا أقر المطلوب بشيء أمره أن يشهد عليه لئلا ينكر.انتهى. وفي تبصرة ابن فرحون: من الأمور التي تنبغي للحاكم مع الخصوم أنه لا بأس أن يلقن أحدهما حجة عجز عنها، وإنما أكره له أن يلقنه حجة الفجور، وصورة ذلك أن يقول لخصمه يلزمك على قولك كذا وكذا فيفهم خصمه حجته، ولا يقول لمن له المنفعة قل له [كذا[1259]]، وقال أشهب للقاضي أن يشد عضد أحدهما إذا رأى

الحديث

1- سبق تخريجه، ص337.

[1255] *- في المطبوع فيه إذا خاف وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد20.

[1256] *- ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص127 ويحيى61 وم46 ويم57.

[1257] - في المطبوع نحتاج وما بين المعقوفين من م46.

[1258] - في المطبوع فإن طال وما بين المعقوفين من م46.

[1259] - في المطبوع كا وما بين المعقوفين من م46.

نص خليل ....

متن الحطاب منه ضعفا أو يراه يخافه؛ لينشط وينبسط أمله في الإنصاف، وقال ابن عبد الحكم لا بأس أن يلقنه حجة لا يعرفها، وخالف سحنون أشهب وابن عبد الحكم فيما قالاه، وقال ابن الماجشون: ينبغي للقاضي تنبيه كل خصم على تقييد ما ينتفع به من قول خصمه إن غفل، ولا ينبه بعضا دون بعض من معين الحكام، وإذا أقر أحد الخصمين فليقل لخصمه هات قرطاسا أكتب لك قوله، ولا ينبغي له ترك ذلك وليفعل ذلك بجميع الخصوم. انتهى. وهذه المسألة ذكرها في مختصر الواضحة، وترجم

129 عليها بما نصه: ما ينهى عنه من تلقين القاضي أحد الخصمين وتضفيزهما/ بينهما حججا لا ينتقلان منها، [وما يومر[1260]] به من ذلك، ثم ذكر هذه المسألة التي ذكرها ابن فرحون [في هذه الترجمة،[1261]] وذكر قوله: "وتضفيزهما" بلفظ [ولا يضفزهما[1262]] حججا لا ينتقلان منها إلى غيرها. انتهى. فتأمله. والله أعلم. وفي عبارة بعضهم ولا يصفرهما بصاد مهملة ثم فاء ثم راء مهملة مضارع صفر، وفي بعضها يصرفها بتقديم الراء على الفاء من الصرف، وذلك كله غير صحيح، بل الكلمة بضاد معجمة ثم فاء ثم زاي معجمة مضارع ضفز.

قال في القاموس في فصل الضاد المعجمة من باب الزاي: الضفز [لقم[1263]] البعير أو مع كراهته ذلك والدفع والجماع [والعدو[1264]] والوثب [والقفز[1265]] والضرب باليد والرجل وإدخال اللجام [في[1266]] في الفرس، [والضفيز الغطيط وبهاء اللقمة العظيمة واضطفزه[1267]] التقمه كارها. انتهى. وفي المحكم: الضفز والضفيز شعير [يجش[1268]] ثم يبل ويعلفه البعير، وقد ضفزت البعير أضفره فاضطفز، وقيل الضفز أن تلقمه لقما كبارا، وقيل هو أن يكرهه على اللقم، وضفزت الفرس اللجام إذا أدخلته في فيه، وضفزه بيده ورجله ضربه، وضفزها أكثر لها من الجماع. قاله ابن الأعرابي. انتهى. والمعنى لا يدخلها عليهم أو لا يلزمهم إياها حججا. والله أعلم. وقال في مختصر الواضحة في الترجمة المذكورة: وإذا تواضع الخصمان عند القاضي الحجج معنى قوله تواضع الخصمان. والله أعلم. وضع كل واحد حجته وكتبها وقيدها. والله أعلم.

الحديث ....

[1260] – في المطبوع و لا بأس وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص61 ويم ص57 و م ص46 ومايابى100.

[1261] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص61 ويم ص57 و م ص46 ومايابى100.

[1262] *– في المطبوع يضفزهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1263] – في المطبوع لغم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص62 ويم ص58 (وم ص46 لتم) ومايابى100.

[1264] – في المطبوع والعدد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص62 ويم ص58 و م ص46 ومايابى100.

[1265] – في المطبوع و م ص46 والعقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص62 ويم ص58 ومايابى100 والعقر.

[1266] – ساقطة من المطبوع ومايابى100 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص62 ويم ص58 و م ص46.

[1267] – في المطبوع والضفز الغليظ ومنها اللقمة الغليظة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 129 ويحيى ص62 ويم ص58 وم ص46 (ومايابى100 والصفز الغطيط وبها اللقمة الغليظة).

[1268] *– في المطبوع يحش وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَإِنْ أَنْكَرَ قَالَ أَلَكَ بَيِّنَةٌ.

متن الحطاب ص: وإن أنكر قال ألك بينة ش: ظاهر هذا أن القاضي لا يسمع من بينة المدعي حتى يسأل المدعى عليه، ولا شك أن هذا هو الأكمل فإن سمع البينة قبل ذلك لم يكن خطأ. قال في المتيطية في آخر كتاب حريم البئر: واستحسن أهل العلم أن لا يسمع القاضي من البينة إلا بعد ثبوت المقالة وعلى ذلك بنيت الأحكام، ومن حجتهم في ذلك أنه قد يمكن أن يقر المدعى عليه بدعوى المدعي فيستغني عن الإثبات، ولكنه إن سمع البينة قبل انعقاد المقالة لم يكن ذلك من الخطإ الذي يوجب نقض الحكم. انتهى.

تنبيه: للقاضي أن يسمع البينة قبل الخصومة على مذهب ابن القاسم، خلافا لعبد الملك. قال في المدونة في باب المفقود من كتاب طلاق السنة: وإن أقام رجل البينة أنه أي المفقود أوصى له بشيء أو أسند إليه الوصية سمعت بينته، فإذا قضى بموته بحقيقة أو بتعمير جعلت الوصي وصيا وأعطيت الموصى له وصيته إن كان حيا وحملها الثلث، ولا أعيد البينة وكذلك إن أقامت امرأة بينة أنه زوجها قضيت لها كقضيتي على الغائب. انتهى. وقال ابن فرحون في التبصرة في الفصل السادس من الركن الأول من الباب الخامس من القسم الأول: مسألة: قال ابن الماجشون: العمل عندنا أن يسمع القاضي من بينة الخصم ويوقع شهادتهم، حضر الخصم أم لم يحضر، فإذا حضر الخصم قرأ عليه الشهادة وفيها أسماء الشهود وأنسابهم ومساكنهم، فإن كان عنده في شهادتهم مدفع أو في عدالتهم مجرح كلفه إثباته، وإلا لزمه القضاء، وإن سأله أن يعيد عليه البينة حتى يشهدوا بمحضره فليس له ذلك، وقال بعض العراقيين لا يكون إيقاع الشهود إلا بمحضر الخصم المشهود عليه.

قال ابن حبيب: وقال لي مطرف وأصبغ مثله، وقال فضل وسحنون مثله إلا أن يكون الخصم غائبا غيبة بعيدة. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال عيسى: وسئل ابن القاسم عن رجل ادعى وكالة ولم يثبتها بعد وشهود الحق الذي وكل فيه حضور أيقبل القاضي شهادتهم؟ قال؟ إن خاف أن يخرجوا إلى موضع وكان لذلك وجه قبل القاضي شهادتهم ثم يثبت الوكالة بعد، وإلا فلا حتى تثبت الوكالة.

قال ابن رشد: هذا صحيح على معنى ما في المدونة وغيرها من قول ابن القاسم، وروايته عن مالك أن القاضي يسمع من البينة قبل وقت [وجوب الحكم[1269]] بها من ذلك قوله في كتاب طلاق السنة

130 منها أن القاضي يسمع البينة على المفقود بأنه أوصى بوصية/ أو أوصى إلى رجل قبل الحكم بتمويته، ويأتي على قول مطرف وابن الماجشون أن القاضي لا يقبل من أحد بينة ولا يسمعها إلا في حال يحكم بها للطالب أو يدفع بها عن المطلوب أنه لا يسمع من بينته حتى تثبت وكالته، وإن خشي مغيب بينته أشهد على شهادتهم. انتهى. وقال في النوادر في كتاب أدب القضاء في إنصاف الخصمين والعدل بينهما: قال مطرف وابن الماجشون: ولا يسمع من أحد الخصمين إلا بمحضر صاحبه إلا أن يعرف من المتخلف لددا في تخلفه فيشكو إليه فيسمع منه، ثم ذكر عن المجموعة عن أشهب كلاما، ثم قال: ومن العدل بين الخصمين أن لا يجيب أحدهما في غيبة الآخر

الحديث ....

1269 *- في المطبوع دخول الحكم وما بين المعقوفين من يم83 وم47 ومايابى101 وسيد20.

نص خليل فَإِن نَّفَاهَا وَاسْتَحْلَفَهُ.

متن الحطاب إلا أن يعرف لددا من المتخلف أو لم [يكن[1270]] يعرف وجه خصومة المدعي فلا بأس أن يسمع منه حتى يعلم أمره، وإذا جاء أحدهما ولم يحضر الآخر فلا يسمع منه حجته، وليأمره بإحضار خصمه، أو يعطيه طينه أو يكتب بجلبه إلا أن يكون لم يعلم ما خصومتهما فلا بأس أن يسمع منه.انتهى. ونقله ابن بطال في أوائل مقنعه، وقال في الباب: الذي قبله قال محمد بن عبد الحكم وإذا استعدى رجل على رجل بدعوى عند الحاكم فإن كان في المصر أو قريبا منه أعطاه طابعا في جلبه أو رسولا وإن كان بعيدا من المصر لم يجلبه إلا أن يشهد عليه شاهدان أو شاهد، فإذا ثبت عنده كتب إلى من يثق به من أمنائه إما أنصفه، وإلا فليرتفع معه، وأما القريب من المدينة مثل أن يأتي ثم يرجع ويبيت في منزله والطريق مأمونة فهذا [يرفع[1271]] بالدعوى كالذي في المصر. انتهى. ونقله ابن فرحون في الفصل المتقدم ذكره، وأطال الكلام فيه فراجعه. والله أعلم.

ص: فإن نفاها واستحلفه إلى آخره ش: قوله: "واستحلفه" يشير إلى أن القاضي لا يستحلف الخصم حتى يطلب ذلك خصمه. قال ابن فرحون في الفصل السادس في سيرته مع الخصوم: ومنها أن القاضي لا يستحلف المدعى عليه إذا أنكر إلا بإذن المدعي إلا أن يكون من شاهد ذلك ما يدل على أنه أراد ذلك من القاضي، وقد ذكر عن بعض القضاة أن رجلا ادعى على آخر ثلاثين دينارا فأنكر المدعى عليه فاستحلفه القاضي فقال الطالب لم [آذن[1272]] في هذه اليمين ولم أرض بها ولا بد أن تعاد اليمين فأمر القاضي غلامه أن يدفع عن المطلوب من ماله ثلاثين دينارا كراهة أن يكلفه إعادة اليمين التي قضى عليه بها، وإذا استحلفه له فلا بد من حضور المحلوف له أو وكيله فإن تغيب وثبت تغيبه عند القاضي أقام القاضي من [يقتضيها.[1273]] انتهى. وما ذكره فيما إذا تغيب عن اليمين ذكره البرزلي في مسائل التفليس، ونصه: من وجبت له يمين على رجل فتغيب عن قبضها فالقاضي يوكل من يتقاضى عنه اليمين إذا ثبت مغيب من وجبت له اليمين وشهد على ذلك من نظره، وقال في أوائل الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا حلف الخصم دون حضور خصمه لم تجزه اليمين، وكذلك إذا بادر باليمين بحضور خصمه قبل أن يسأله ذلك فإن لم يرض [بها لم[1274]] تجزه. انظر المنتقى للباجي وأحكام ابن سهل. انتهى. وعكس هذا أن يطلب الطالب اليمين من المطلوب بغير محضر الحاكم وأمره فيحلف له، فإن ذلك يكفيه كما سيأتي عند الكلام على النكول، ويحمل قول المؤلف: "وله يمينه" أنه لم يحلفه عند حاكم أو دون حاكم. والله أعلم.

الحديث ....

[1270] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص62 ويم ص58 و م ص47 ومايابى101.

[1271] - في المطبوع يم ص58 يرجع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 130 ويحيى ص62 و م ص47 ومايابى101.

[1272] - في المطبوع آخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص63 ويم ص58 و م ص47 ومايابى101.

[1273] *- في المطبوع يقضيها وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد20 ومايابى101 ويحيى409.

[1274] - في المطبوع قبل أن يسأله لم تجزه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 130 ويحيى ص63 ويم ص58 و م ص47 ومايابى101.

نص خليل

فَلاَ بَيِّنَةَ إلاَّ لِعُذْرٍ كَنِسْيَانٍ أو وُّجَدَ ثَانِيًا أَوْ مَعَ يَمِينٍ لَّمْ يَرَهُ الأَوَّلُ وَلَهُ يَمِينُهُ أَنَّهُ لَمْ يُحَلِّفْهُ أَوَّلاً قَالَ وَكَذَا أَنَّهُ عَالِمٌ بِفِسْقِ شُهُودِهِ وَأَعْذَرَ إِلَيْهِ بِأَبَقِيَتْ لَكَ حُجَّةٌ.

متن الحطاب

فرع: قال ابن فرحون في آخر الفصل الذي ذكر فيه مسائل تتعلق بحكم اليمين: مسألة: وإذا وجبت يمين على رجل فأراد الطالب تأخيرها وأراد المطلوب تعجيلها أو بالعكس، فتعجيلها أوجب لمن طلب ذلك منهما ولا تؤخر. نقله ابن عبد السلام في بعض تعاليقه عن أبي الفرج. انتهى كلام ابن فرحون.

فرع: فإذا كانت الدعوى على امرأة وطلب الخصم أن تحلف بمحضره فقال البرزلي في كتاب الشهادات: قال عبد الوهاب: إذا كانت المرأة من أهل الشرف والقدر جاز للحاكم أن يبعث إليها/ من يحلفها لأنه صيانة ولا مقال للخصم؛ لأن من له إحلافها فليس له ابتذالها. قال البرزلي: يؤخذ من هذه المسألة أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي، ونزلت وحكم بأنه يقف بحيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها؛ لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة. انتهى.

131

ص: **فلا بينة إلا لعذر كنسيان** ش: قال ابن فرحون في الباب الثالث عشر من التبصرة: تنبيه: قال في المتيطية: ومن الحزم للمدعى عليه إذا طلب المدعي يمينه أن يلزم المدعي أنه قد أسقط [بينته[1275]] ما علم منها وما لم يعلم، فإذا عقد على نفسه مثل هذا لم يكن له أن يقدم عليه بعد يمينه بالبينة. انتهى.

فرع: قال الشيخ زروق في شرح الرسالة: ولو حلفه على أنه متى وجد بينة قام بها ففي إعمال شرطه قولان فانظره. انتهى.

ص: **قال وكذا أنه عالم بفسق شهوده** ش: انظر إذا ادعى المشهود عليه أن بينه وبين الشهود عداوة وادعى أن خصمه يعلم بذلك فهل له أن يحلفه على ذلك أم لا؟ لم أر الآن فيها نصا، وقد سئلت عنه مرارا فأجبت: الظاهر أن اليمين تلزمه قياسا على هذه المسألة فتأمله. والله أعلم.

ص: **وأعذر بأبقيت لك حجة** ش: تصوره واضح.

تنبيهان: الأول: كأن المصنف هرب بإفراد الضمير في قوله: "لك" مما في المدونة من تثنيته؛ لأن فيها وجه الحكم في القضاء إذا أدلى الخصمان بحجتهما ففهم القاضي عنهما وأراد أن يحكم بينهما أن يقول لهما أبقيت لكما حجة، فإن قالا لا حكم بينهما، ثم لا تقبل منه حجة بعد إنفاذه. انتهى. فقيل الحجة إنما تطلب ممن يتوجه عليه الحكم وهو المدعى عليه، ولهذا اختصرها أبو محمد بإفراد الضمير، لكن أجيب عنها بأن الحكم تارة يتوجه على الطالب، وتارة على المطلوب لأنه قد تقوى حجة المدعى عليه فتضعف حجة المدعي فيتوجه الحكم عليه بالإبراء وغيره، فلا بد من الإعذار فلما كان يعذر تارة إلى هذا، وتارة إلى هذا اختصر وأتى بذلك في لفظ واحد. كذا قال عياض وغيره. انتهى من التوضيح.

الثاني: اختلف في وقت الإعذار إلى المحكوم عليه فقيل قبل الحكم وبه جرى العمل، وقيل بعده.

الحديث

....

[1275] – في المطبوع بينة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 131 ويحيى ص63 ويم ص58 و م ص47 ومايابى102.

نص خليل

وَنُدِبَ تَوْجِيهُ مُتَعَدِّدٍ فِيهِ إلاَّ الشَّاهِدَ بِمَا فِي الْمَجْلِسِ وَمُوَجِّهَهُ وَمُزَكِّيَ السِّرِّ وَالْمُبَرِّزَ بِغَيْرِ عَدَاوَةٍ وَمَنْ يُخْشَى مِنْهُ وَأَنْظَرَهُ لَهَا بِاجْتِهَادِهِ ثُمَّ حَكَمَ كَنَفْيِهَا وَلْيُجِبْ عَنِ الْمُجَرِّحِ وَيُعَجِّزُهُ إلاَّ فِي دَمٍ وَحُبسٍ وَعِتْقٍ وَنَسَبٍ وَطَلاَقٍ وَكَتَبَهُ وَإِنْ لَمْ يُجِبْ حُبِسَ وَأُدِّبَ ثُمَّ حَكَمَ بِلاَ يَمِينٍ وَلِمُدَّعًى عَلَيْهِ السُّؤَالُ عَنِ السَّبَبِ وَقُبِلَ نِسْيَانُهُ بِلاَ يَمِينٍ.

متن الحطاب 132

ذكره في مفيد الحكام، ونقله ابن فرحون في تبصرته، وفي مسائل ابن زرب ولا تتم قضية القاضي إلا بعد الإعذار. انتهى. وفي آخر وثائق/ الجزيرى في تسجيل بنقض حكم قضاء قاض [ونظر[1276]] فيه فتبين له من خطئه وجهله بالسنة ما أوجب فسخ قضائه عند فلان إذا كان لم يعذر إليه أو لم يصرح بأسماء الشهود الذين حكم بهم إذ ليس ذلك جائزا؛ إذ ليس بمشهور بالعدل في الحكم. انتهى. فعلم منه أن الحكم قبل الإعذار لا يجوز، وفي البرزلي في مسائل الأقضية: وحكى ابن فرحون[1277] مسألة طول فيها من ابتياع وخصومة فيها فذكر فيها أن حكما وقع بغير إعذار فاختلف فيه، فذهب منذر بن إسحاق إلى أن الحكم بغير إعذار غير صواب ولا هو من وجه الحق؛ لأنه من قبيل من لا يجب قبوله وليس نظره بحجة، قال: وفيه ضعف، وقال مطرف وابن الماجشون إذا لم يكتب الإعذار في الحكم، وزعم المكتوب عليه بعد موت الحاكم أو عزله أنه لم يمكنه من جرح الشاهد فلا يسمع منه، والحكم ماض عليه، وقال غيرهما إن دعي إلى الإعذار فإنه يعذر إليه وذلك من حقه، فإن أتى بمدفع نظر له، وإن لم يأت بمدفع مضى الحكم بالإعذار إليه، ولا يستأنف النظر فيما تقدم من الحكم لغفلة من غفل عن تتبع حقه. انتهى. ويؤخذ من المسألة الثانية من سماع عبد الملك بن الحسن من الاستحقاق أن الغائب على حجته، وله نقض الحكم إذا ظهر ما ينقضه ولو لم ترج له الحجة؛ لأنه في المسألة المذكورة لم ترج له الحجة، وفي أثناء شرح المسألة الأخيرة من رسم طلق من سماع ابن القاسم من طلاق السنة في تعليل المسألة؛ لأن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى المشهود عليه. انتهى. وانظر مختصر الواضحة في باب ما يفسخ فيه حكم القاضي. والله أعلم.

ص: وندب توجيه متعدد فيه ش: الضمير المجرور بفي يعود على الإعذار المدلول عليه بقوله وأعذر؛ يعني أنه يستحب للقاضي إذا وجه من يعذر إلى أحد فليوجه إليه متعددا. قال في معين الحكام: ينبغي للقاضي أن لا يحكم على أحد حتى يعذر برجل أو رجلين وإذا أعذر بواحد أجزأه. انتهى.

ص: وموجهه ش: وكذا لا إعذار فيمن يوجهه القاضي في الإعذار إلى شخص أو غيره. قال في تبصرة ابن فرحون: مسألة: قال أبو إبراهيم: ولا يعذر القاضي فيمن أعذر به إلى مشهود عليه من امرأة أو مريض لا يخرجان.

مسألة: ولا يعذر في الشاهدين اللذين يوجههما لحضور حيازة الشهود لما شهدوا فيه من دار أو عقار،

الحديث ....

[1276] – في المطبوع فنظر وما بين المعقوفين من مايابى102.

[1277] *- في يحيى410 وفتاوى البرزلي ج4 ص96 وحكى ابن حدير ص132.

نص خليل

وَإِنْ أَنْكَرَ مَطْلُوبُ الْمُعَامَلَةَ فَالْبَيِّنَةُ ثمَّ لاَ تُقْبَلُ بَيِّنَة بِالْقَضَاءِ بِخِلاَفِ لاَ حَقَّ لَكَ عَلَيَّ وَكُلُّ دَعْوَى لاَ تَثْبُتُ إلاَّ بِعَدْلَيْنِ فَلاَ يَمِينَ بِمُجَرَّدِهَا وَلاَ تُرَدُّ كَنِكَاحٍ وَأَمَرَ بِالصُّلْحِ ذَوِي الْفَضْلِ وَالرَّحِمِ كَأَنْ خَشِيَ تَفَاقُمَ الأَمْرِ وَلاَ يَحْكُمُ لِمَنْ لاَ يَشْهَدُ لَهُ عَلَى الْمُخْتَارِ.

متن الحطاب

وقال ابن سري: سألت ابن عتاب عن ذلك فقال لا إعذار فيمن وجه للإعذار، وأما الموجهان للحيازة فيعذر فيهما وقد اختلف فيهما.

مسألة: وكذلك الشاهدان الموجهان لحضور اليمين لا يحتاج إلى تسميتهما؛ لأنه لا إعذار فيهما على المشهور من القول؛ لأن القاضي أقامهما مقام نفسه، وقيل لا بد من الإعذار فيهما.

مسألة: وكذلك الشهود الذين يحضرون تطليق المرأة وأخذها بشرطها في مسائل الشروط في النكاح لا يحتاج إلى تسميتهم؛ لأنه لا إعذار فيهم. انتهى. قال والدي حفظه الله: ولعل المؤلف أشار إلى جميع ذلك وما أشبهه/ بقوله: "وموجهه". والله أعلم. 133

ص: **وإن أنكر مطلوب المعاملة إلى قوله لا حق لك علي** ش: تقدم الكلام على هذه المسألة في باب الوكالات عند قول المصنف: "أو أنكر القبض فقامت البينة فشهدت بينة بالتلف" وانظر الباب السادس والخمسين في القضاء بموجب الجحود من القسم الثاني من التبصرة، وانظر رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح.

فرع: قال في أول رسم من سماع عيسى من كتاب المديان فيمن ادعى على رجل بحق، فقال المدعى عليه لا أعرفك، ولا كانت بيني وبينك خلطة قط، ثم ادعى بعد ذلك المدعى عليه قبل المدعي بحق وأتى عليه ببينة. قال: لا أرى أن تنفعه بينته إلا أن تكون بعد ذلك خلطة. ابن رشد: إن أقام بينة عليه من معاملة قائمة قبل إنكاره لم ينتفع بها، وأما إن أقام البينة بحق له من معاملة حديثة بعد إنكاره قضي له بها وإن لم تكن بينهما خلطة، وإن قالت البينة لا ندري هل كانت المعاملة قبل الإقرار أو بعده، فالقول قول الطالب مع يمينه أنها بعد الإقرار.انتهى./ 134

ص: **وكل دعوى لا تثبت إلا بعدلين فلا يمين بمجردها** ش: قال في المسائل الملقوطة: وفي أحكام ابن سهل: وإن ادعى عليه أنه قذفه لم تجب عليه اليمين، إلا إن شهدت بينة بمنازعة وتشاجر كان بينهما، فتجب اليمين حينئذ. انتهى. وقال الرعيني في كتاب الدعوى والإنكار: وإذا ادعى رجل على رجل أنه عبده وأنكر الآخر ذلك فلا قول للمدعي إلا ببينة، ولا يمين على المدعى عليه وهو حر، وإذا كان عبد بيد رجل مقر له بالملك ثم ادعى بعد ذلك الحرية فعليه البينة. انتهى. وانظر بقية فروع المسألة فيها. والله أعلم.

ص: **ولا يحكم لمن لا يشهد له على المختار** ش:

تنبيه: قال ابن فرحون في تبصرته في الركن الثالث المقضي له: مسألة: وفي ابن يونس لا ينبغي للقاضي أن يحكم بين أحد من عشيرته وبين خصمه وإن رضي الخصم، بخلاف رجلين رضيا بحكم رجل. انتهى.

الحديث

....

نص خليل ....

متن الحطاب

فرع: قال ابن الحاجب: ولا يحكم على عدوه قال في التوضيح: هو متفق عليه، واتفاقهم هنا واختلافهم في الأولى يعني الحكم للقرابة يدل على أن مانع العداوة أقوى من مانع المحبة. انتهى. وسيقول المصنف: "إن مما ينتقض فيه حكم القاضي حكمه على عدوه، وهو كذلك، وصرح به في النوادر، وقال فيها أيضا: قال سحنون: أصله أن من لا تجوز شهادته عليه فلا يجوز أن يقضي عليه، ولا أن يحكم برد شهادته، ولينفذ شهادته غيره إذا ولي في ذلك الشيء وفي غيره، وقاله ابن المواز إذا ثبت أن بينه وبين القاضي الذي رد شهادته عداوة. انتهى. وممن تجوز شهادته عليه يتيم عدوه على الأصح فيصح حكمه عليه. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ لأشهب في المجموعة وكتاب ابن سحنون: لا يجوز أن يقضي القاضي لنفسه، ولابن رشد في رسم تأخير صلاة العشاء من سماع ابن القاسم له الحكم بالإقرار على من انتهك ماله، فيعاقبه ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم بشيء من ذلك بالبينة، ودليله قطع الصديق رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته هذه الرواية الصحيحة. انتهى. يعني بقوله هذه الرواية الصحيحة قطعه باعترافه فإنه روي أنه قطعه بالبينة، والأول أصح. قاله ابن رشد في الرسم المذكور من كتاب الأقضية، ولم يذكر ابن رشد ما تقدم إلا على أنه المذهب، ونصه: قيل لمالك أرأيت الذي يتناول القاضي بالكلام فيقول له قد ظلمتني؟

قال إن ذلك ليختلف ولم يجد فيه تفسيرا إلا أن وجه ما قاله إذا أراد بذلك أذاه وكان القاضي من أهل الفضل أن يعاقبه. ابن رشد: وهذا كما قال لأن للقاضي الفاضل أن يحكم لنفسه بالعقوبة على من تناوله بالقول وأذاه بأن نسب إليه الظلم والجور مواجهة بحضرة أهل مجلسه بخلاف ما يشهد به عليه أنه آذاه به وهو غائب؛ لأن ما واجهه به من ذلك هو من قبيل الإقرار، وله أن يحكم بالإقرار على من انتهك ماله فيعاقبه به أي بإقراره ويتمول المال بإقراره، ولا يحكم في شيء من ذلك بالبينة، والأصل في ذلك قطع أبي بكر رضي الله عنه يد الأقطع الذي سرق عقد زوجته أسماء لما اعترف بسرقته، وإن كان في حديث[1] الموطأ فاعترف به [الأقطع[1278]] أو شهد عليه على الشك فالصواب ما في غير الموطأ أنه اعترف به من غير شك؛ إذ لو لم يعترف لما قطعه بالبينة كما لو كان المسروق له؛ إذ لا فرق بين كونه له أو لزوجته في هذا لأن متاعها كمتاعه، والدليل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لعبد الله بن الحضرمي لما جاءه بغلامه فقال إن هذا سرق [مرآة لامرأتي[1279]] لا قطع عليه هذا خادمكم سرق متاعكم، ألا ترى أن الرجل لا يجوز أن يشهد لنفسه فإن كان يحكم بالإقرار في [ماله[1280]] كما يحكم به في مال غيره كان أحرى أن يحكم بالإقرار في عرضه، كما

الحديث

1 – مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أن رجلا من أهل اليمن اقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبي بكر الصديق فشكا إليه ان عامل اليمن قد ظلمه فكان يصلي من اليل فيقول أبو بكر وأبيك ما ليلك بليل سارق ثم إنهم فقدوا عقدا لاسماء بنت عميس امرأة أبي بكر الصديق فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلى عند صائغ زعم أن الأقطع جاءه به فاعترف به الاقطع أو شوهد عليه به فأمر به أبو بكر الصديق فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر والله لدعاؤه على نفسه أشد عندي عليه من سرقته، مالك في الموطأ، كتاب الحدود، ط. دار الفكر، رقم الحديث1581.

1278 – في المطبوع لاقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص66 ويم ص59 و م ص48 ومايابى104.

1279 – في المطبوع مرة لامرأتي وما بين المعقوفين من الموطأ، كتاب الحدود، ص755.

1280 – في المطبوع مال وما بين المعقوفين من ن عدود ص 134 ويحيى ص66 ويم ص60 و م ص48 ومايابى104.

نص خليل

وَنُبِذَ حُكْمُ جَائِرٍ وَجَاهِلٍ لَمْ يُشَاوِرْ وَإِلاَّ تُعُقِّبَ وَمَضَى غَيْرُ الْجَوْرِ ولاَ يُتَعَقَّبُ حُكْمُ الْعَدْلِ الْعَالِمِ وَنُقِضَ وَبُيِّنَ السَّبَبُ مُطْلَقًا مَّا خَالَفَ قَاطِعًا أَوْ جَلِيَّ قِيَاس كَاسْتِسْعَاءِ مُعْتَق وَشُفْعَةِ جَار وَحُكْم عَلَى عَدُوٍّ أَوْ بِشَهَادَةِ كَافِرٍ أَوْ مِيرَاثِ ذِي رَحِمٍ أَوْ مَوْلًى أَسْفَلَ أَوْ بِعِلْمٍ سَبَقَ مَجْلِسَهُ أَوْ جَعْلِ بَتَّةٍ وَاحِدَةً أَوْ أَنَّهُ قَصَدَ كَذَا فَأَخْطَأَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ ظَهَرَ أَنَّهُ قَضَى بِعَبْدَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ أَوْ صَبِيَّيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ كَأَحَدِهِمَا إِلاَّ بِمَال فَلاَ يُرَدُّ إِنْ حَلَفَ وَإِلاَّ أُخِذَ مِنْهُ إِنْ حَلَفَ وَحَلَفَ فِي الْقِصَاصِ خَمْسِينَ مَعَ عَاصِبِهِ وَإِن نَّكَلَ رُدَّتْ وَغرِمَ شُهُودٌ عَلِمُوا وَإِلاَّ فَعَلَى عَاقِلَةِ الإِمَامِ.

متن الحطاب

يحكم به في عرض غيره لما يتعلق في ذلك من الحق لله؛ لأن الجرأة على القضاة والحكام بمثل هذا توهين لأمرهم وداعية إلى الضعف عن استيفاء الحقائق في الأحكام، فالمعاقبة في مثل هذا أولى من التجاوز والعفو، وقاله في الواضحة. انتهى.

135

فرع: قال ابن عرفة: قال اللخمي: وما اجتمع فيه حق له ولله في جواز / حكمه فيما هو لله كمن شهد عنده عدلان بأنه سرق من ماله ما يقطع فيه، في حكمه بقطعه قولا ابن المواز وابن عبد الحكم.

قلت: هذا يوهم أن قول محمد إنما هو فيما شهد به عدلان، وفي النوادر ما نصه: قال أشهب في المجموعة إن أخذ القاضي [من سرقه[1281]] فله قطعه ولا يحكم عليه بالمال، وكذا في الموازية وفي المجموعة، وكذا في محارب قطع عليه الطريق فليحكم عليه بحكم المحارب ولو جاء تائبا.

فرع: مما يجري مجرى القاضي في المنع من الحكم لمن يتهم عليه المفتي؛ يعني لمن يتهم عليه ممن لا تجوز شهادته له، وينبغي للمفتي الهروب من مثل هذا. انتهى من الركن الثالث المقضي له.

فرع: قال الأقفهسي في شرح المختصر في آخر باب الأقضية: وسئل ابن أبي زيد هل يجوز الحكم للمغترقي الذمم بالغصوب المتنعين باليد القاهرة على أحد أو لا يجوز الحكم لا لهم ولا عليهم، وما لم يعلم له مالك بعينه ولا هو عين المغصوب مما بأيديهم فهل يحكم له بحكم الفيء أم لا؟ فأجاب: من كان مغترق الذمة فلا يحكم له [بما ليس له ولو كان عين الغصب، وما بأيديهم[1282]] إذا لم يعلم له مالك معروف، ولا يعرف وارث مالكه، ولا من يستحقه على حال من الأحوال، ولا يمكن أن يتحاصص في ماله [بتحر[1283]] ولا غيره؛ إذ لا يحصل ما غصب ولا [قربه[1284]] ولا يمكن تحريه فإن كان [فيمن[1285]] غصبه فقراء فيفرق [بينهم،[1286]]ويعطى منهم من كان صغيرا قدر ما يرى وإن كان لا يوجد فيمن غصبه مستحق للصدقة كان حكمه حكم الفيء، وذلك حكم ما في بيت المال ينظر ما هو أنفع يعمل به إما الصدقة أو بناء القناطر أو جميع ما يصرف فيه متاع بيت المال، وقد وقع في هذا قولان أحدهما يوضع ذلك في بيت المال والآخر في الفقراء، وهي ترجع إلى قول واحد. انتهى.

ص: ونبذ حكم جائر الخ ش: هذا كما قال القضاة ثلاثة الأول الجائر فتنبذ أحكامه كلها أي تطرح

الحديث

....

1281 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص66 ويم ص60 و م ص48 ومايابى105.

1282 – في المطبوع ومايابى105 ويم60 وم49 ولو كان عين الغصب وما بين المعقوفين من ن ذي ص 135 ويحيى66.

1283 – في المطبوع ومايابى105 بتجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويحيى ص66 ويم ص60 و م ص49.

1284 – في المطبوع ويحيى قرينة ص66 أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135 ويم ص60 و م ص49 ومايابى105.

1285 – في المطبوع ومايابى105 ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.

1286 – في المطبوع ويحيى ص66 ويم ص60 و م ص49 فيهم ومايابى105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 135.

نص خليل ....

متن الحطاب

136 وترد، سواء/ كان عالما أو جاهلا، وظاهره ولو علم أن ما حكم به حق، والثاني الجاهل فإن كان لم يشاور العلماء نبذ حكمه مطلقا أيضا؛ لأن أحكامه كلها باطلة؛ لأنها بالتخمين وإن كان يشاور العلماء تعقبت أحكامه وأمضى منها ما ليس فيه جور، ونبذ الآخر، والثالث العدل العالم فلا تتعقب أحكامه ولا ينظر فيها، إلا أن يرفع أحد قضيته ويذكر أنه حكم فيها بغير الصواب فينظر في تلك القضية وتنقض إن خالفت نصا قاطعا أو جلي قياس. قال في العمدة: وإذا حكم بحكم لم يكن له ولا لغيره نقضه إلا أن يحكم بجهل أو يخالف قاطعا أو يكون جورا بينا. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: وفي مختصر الواضحة: وعلى القاضي إذا أقر بالجور أو ثبت عليه ذلك بالبينة العقوبة الموجعة ويعزل ويشهر ويفضح، ولا تجوز ولايته أبدا ولا شهادته وإن أحدث توبة وصلحت حالته بما إجترم في حكم الله تعالى. انتهى./ 137

فرع: اختلف في أحكام العمال فظاهر قول مالك في رسم سلف من سماع ابن القاسم من الأقضية أنها محمولة على الرد حتى يتبين أنها كانت أمضيت بحق فتجوز، وهو خلاف ما وقع من قوله في المدونة فيما قضت فيه ولاة المياه أن ذلك جائز، إلا أن يكون جورا بينا؛ لأن هذا يقتضي أنها على الإجازة فلا ينظر فيها ولا تتعقب ما لم يتبين فيها الجور البين، وهذا الاختلاف إنما يصح في غير العدل من الولاة فمرة رآها جائزة ما لم يتبين الجور، وهو مذهب أصبغ، ومرة رآها مردودة ما لم يتبين فيها الحق، وهذا هو اختيار ابن حبيب، وأما العدول منهم فلا اختلاف أن أحكامهم محمولة على الجواز، وأنها لا يرد منها إلا ما تبين فيه الجور، ويحتمل أن يحمل ما في المدونة على العدل وما في سماع ابن القاسم على غيره، فلا يكون اختلاف من قول مالك.

فرع: قال ابن رشد: وإن جهل حاله فالذي أقول به أنه ينظر إلى الذي ولاه، فإن كان عدلا فهو محمول على العدالة، وإن كان جائرا يولي غير العدول، فهو محمول على غير العدالة وإن كان غير عدل، إلا أنه لا يعرف بالجور في أحكامه وتوليته غير العدول جرى ذلك على الاختلاف في جواز أحكامه. انتهى. وفي شرح مسلم للقرطبي في كتاب الإمارة في بعث معاذ وأبي موسى رضي الله عنهما إلى اليمن وقتل المرتد قال: وفيه -يعني الحديث[1]- حجة على أن لولاة الأمصار إقامة الحدود في القتل والزنا وغير ذلك، وهو مذهب كافة العلماء مالك والشافعي وأبي حنيفة وغيرهم، واختلف في إقامة ولاة المياه وأشباههم لذلك، فرأى ذلك أشهب لهم إذا جعل ذلك الإمام لهم، وقال ابن القاسم نحوه، وقال الكوفيون لا يقيمه إلا فقهاء الأمصار ولا يقيمه عامل السواد، واختلف في القضاة إذا كانت ولايتهم مطلقة غير مقيدة بنوع من الأحكام، فالجمهور على أن جميع ذلك لهم من إقامة الحدود وإثبات الحقوق وتغيير المنكر والنظر في المصالح، قام بذلك قائم أو اختص بحق الله، وحكمه عندهم حكم الوصي المطلق في كل شيء إلا ما يختص بضبطه بيضة الإسلام من إعداد الجيوش وجباية الخراج. انتهى. ونحوه لعياض في الإكمال.

فرع: قال ابن رشد أيضا: واختلف الشيوخ عندنا في أحكام ولاة الكور فأمضاها أبو إبراهيم، ولم

الحديث

1- مسلم في صحيحه، كتاب الامارة، ط. دار إحياء التراث العربي. رقم الحديث 1733

نص خليل وَفِي الْقَطْعِ حَلَفَ الْمَقْطُوعُ أَنَّهَا بَاطِلَة وَنَقَضَهُ هُوَ فَقَطْ إِنْ ظَهَرَ أَنَّ غَيْرَهُ أَصْوَبُ أَوْ خَرَجَ عَن رَأْيِهِ أَوْ رَأْيِ مُقَلِّدِهِ.

متن الحطاب يجزها اللؤلئي حتى يجعل إليه مع القيادة والنظر في أمور الكورة النظر في الأحكام، واستحسن ابن أبي زمنين إذا كان للكورة قاض قد أفرد للنظر في الأحكام أن لا يجوز حكم الولاة، وإن لم يكن لها قاض أن يجوز حكمهم؛ لما للناس في ذلك من الرفق، وهذا أحسن الأقوال وأولاها بالصواب؛ لأنه إذا ولي مع القائد حاكم فقد بان أنه حجر عليه الحكم في الأحكام، وإذا لم يول معه وجب أن يجوز حكمه كما قال مالك في ولاة المياه.انتهى من الرسم المذكور وولاة المياه. قال في التنبيهات: وولاة المياه البوادي الذين يسكنون على المياه خلاف أهل الأمصار.انتهى.

ص: وفي القطع حلف المقطوع أنها باطلة ش: يعني فإن كانت الشهادة في قطع فإن شهدا أن هذا قطع يد هذا عمدا ثم تبين أن أحدهما عبد أو كافر أو صبي أو فاسق فإنه يحلف المحكوم له بالقصاص، فإن نكل حلف المقطوع يده على رد شهادة الشاهد واستحق دية يده. قال ابن عبد السلام: وحكمها حكم الدية في المسألة الأولى -يعني مسألة القصاص- فيكون الحكم على ما قال المصنف أن الغرم على الشهود إن علموا، وإلا فعلى عاقلة الإمام، وفي كتاب الحدود من المدونة: وإن شهدا عليه بقطع يد رجل عمدا فاقتص منه، ثم تبين أن أحدهما عبد أو من لا تجوز شهادته لم يكن على متولي القطع شيء. قال: وهذا من خطإ الإمام. قال أبو الحسن في المهمات: قلت: فهل للمقتص منه على الذي اقتص له [شيء؟ قال:[1287] لم اسمع عن مالك فيه شيئا [ولا أرى له شيئا.[1288]] قلت: فهل على الذي اقتص شيء؟ قال: لا. وهذا من خطإ الإمام اللخمي يريد إذا لم يعلم الحر أن الذي معه عبد. انتهى./ 138

ص: ونقضه هو فقط إن ظهر أن غيره أصوب الخ ش: هذا ما دام على ولايته التي حكم فيها بذلك الحكم. قال في وثائق الجزيرى: وللقاضي الرجوع عن حكمه فيما فيه الاختلاف ما دام على خطته، وليس لمن ولى بعده نقض ذلك الحكم إذا وافق منه قول قائل، وإن كان ضعيفا، وكذلك ليس له هو نقضه إن عاد إلى الحكم بعد العزل وللقاضي فسخ حكم قاض حكم على من بينه وبينه عداوة أو بين أبويهما أو بين الحاكم وأبي المحكوم عليه، ولا ينفذ حكمه عليه، وكذلك حكم الشهادة عليه وإن كان أعدل خلق الله، وقد قال ابن القاسم لا تجوز شهادته عليه ولو كان مثل سليمان. ابن القاسم: وكان سليمان هذا في غاية من الزهد والورع، ولو كانت العداوة في الله لجازت أحكامه وشهادته. انتهى.

وقال في المتيطية في كتاب الأقضية للقاضي: الرجوع عما حكم به وقضى فيه مما فيه اختلاف بين أهل العلم وفيما تبين له فيه الوهم ما دام على قضائه، فإن عزل أو مات نفذ حكمه ولم يكن لغيره فسخه ما لم يتبين فيه جورا ويكون قد قضى بخطأ لا اختلاف فيه بين أهل العلم وما حكم فيه مما

الحديث ....

[1287] – في المطبوع انتهى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص67 ويم ص61 و م ص49 ومايابى106.

[1288] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 137 ويحيى ص67 ويم ص61 و م ص49

نص خليل وَرَفَعَ الْخِلاَفَ لاَ أَحَلَّ حَرَامًا وَنَقْلُ مِلْكٍ وَفَسْخُ عَقْدٍ وَتَقَرُّرُ نِكَاحٍ بلاَ وَلِيٍّ حُكْمُ لاَ أُجِيزُهُ أَوْ أَفْتَى وَلَمْ يَتَعَدَّ لِمُمَاثِلٍ بَلْ إنْ تَجَدَّدَ فَالاِجْتِهَادُ.

متن الحطاب فيه اختلاف، وإن كان وجها ضعيفا فلا يحل لأحد سواه فسخه. قال ابن القاسم: وكذلك إن عزل القاضي ثم صرف إلى خطة فليس له أن ينقض ما حكم به إلا ما يكون له من نقض قضاء غيره وعزله وتوليته كعزله وتوليته غيره، ثم نقل عن ابن عبد الحكم أنه ليس له رجوع عما حكم به ثم ذكر أن الخلاف إنما هو إذا حكم بذلك وهو يراه باجتهاده، وأما إن قضى بذلك وهلا أو نسيانا أو جهلا فلا ينبغي الخلاف في أنه يجب عليه أن يرجع عنه إلى ما رأى؛ إذ قد تبين له الخطأ. انتهى. وقال البرزلي في أوائل مسائل القضاء: ابن يونس في المجموعة عن أشهب: إذا اشتكى رجل القاضي أنه جار عليه وحكم عليه بغير الحق فيكشف عن ذلك، فإن أخطأ في رأيه وتبين للعلماء نهاه عن إنفاذه، وإن خف على الإمام جمعهم عنده فعل، وإلا أقعد معه رجالا من أهل العلم والصلاح ويأمرهم بالنظر فيه، ولا ينفرد دونهم، ولا ينفعه قوله كنت حكمت قبل قعودهم؛ لأنه مدع إلا أن يقيم بينة أنه كان حكم فينظر في ذلك الإمام، فإن كان صوابا أو فيه خلاف مضى وإلا فسخ. انتهى.

ص: ورفع الخلاف لا أحل حراما ش: قال في النوادر في كتاب الأقضية في ترجمة ما يحل بحكم الحاكم: ولو طلق امرأته ألبتة فخاصمته إلى من يراها واحدة، والزوجة مذهبها أنها ثلاث، والزوج أيضا ممن يرى أن ألبتة ثلاث/ فلا يحل للزوج أن يقربها حتى تنكح زوجا غيره، ولا يبيح له الحاكم أن تمكنه من نفسها حتى تنكح زوجا غيره من قبل أن الحكم لا يحل لهما ما هو عليهما حرام، وكذلك لو قال لعبده اسقني الماء، يريد بذلك عتقه والسيد يرى أنه لا يلزمه في مثل هذا عتق وإن نواه والعبد يراه عتقا، فللعبد في هذا أن يذهب حيث شاء بما حكم له، ولو قال لزوجته اختاري فقالت قد اخترت نفسي وهي تذهب إلى أن الخيار ثلاث، والزوج يراه واحدة فإن الحكم لا يبيح للمرأة أن تمكن الزوج منها ولتمنعه جهدها، ولو رفعها إلى قاض يرى الخيار طلقة فارتجعها الزوج فلا يبيح لها الحكم ما هو عندها حرام، ولا يحل لها أن يأتيها الزوج إلا وهي كارهة.انتهى.

139

ص: ونقل ملك وفسخ عقد وتقرر نكاح بلا ولي حكم ش: تصوره واضح. قال في تبصرة ابن فرحون في الفصل الثاني من القسم الأول من الركن السادس في كيفية القضاء ما نصه: اعلم أن القاضي إذا حكم بفسخ نكاح أو بيع أو إجارة وشبه ذلك لموجب من موجبات الفسخ، وذلك في مسألة مختلف فيها، ومثار الخلاف [فيها[1289]] اجتهادي؛ أي ليس فيها نص جلي يمنع من الاجتهاد، فإن حكم الحاكم لا يتعدى ذلك الفسخ، وأما ما يتبع ذلك من الأحكام والعوارض فذلك القاضي بالنسبة إليها كالمفتي، وكذلك لو حدثت قضية أخرى مثل القضية التي حكم فيها بالفسخ في ولاية ذلك القاضي ولم ترفع إليه، أو رفعت إليه ولم ينظر فيها حتى عزل أو مات، فإنها تحتاج إلى إنشاء نظر آخر من القاضي الأول أو من القاضي الثاني، وسبب ذلك أن حكم القاضي لا يتعلق إلا بالجزئيات لا بالكليات. انتهى.

الحديث ....

[1289] *- في المطبوع فيهما وما بين المعقوفين من يحيى413 وسيد21 ومايابى107 وم50 ويم86 والتبصرة، ج1ص79.

نص خليل كَفَسْخٍ بِرَضْعِ كَبِيرٍ وَتَأبِيدِ مَنْكُوحَةِ عِدَّةٍ وَهْيَ كَغَيْرِهَا فِي الْمُسْتَقْبَلِ وَلاَ يَدْعُو لِصُلْحٍ إنْ ظَهَرَ وَجْهُهُ وَلاَ يَسْتَنِدُ لِعِلْمِهِ إلاَّ فِي التَّعْدِيلِ وَالْجَرْحِ كَالشُّهْرَةِ بِذَلِكَ.

متن الحطاب **فرع:** إذا باع الحاكم على مفلس أو يتيم أو فعل عقدا من العقود فهل ذلك حكم منه بذلك الفعل أم لا؟ الظاهر أنه ليس بحكم، وقد نقل في التوضيح في بيع البراءة عن المازري ما يقتضي ذلك. والله أعلم. وانظر تبصرة ابن فرحون، فإنه نقل عن القرافي أن ما تولاه من العقود من بيع أو نكاح من في ولايته ليس بحكم.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: إشهاد القاضي على نفسه بثبوت العقد عنده حكم بعدالة البينة عنده، فلا يلزم أن يعيد الشهود شهادتهم عند غيره؛ لأن ذلك يوجب أن لا يحكم بشهادتهم إلا بعد علمه بعدالتهم، أو بعد تزكيتهم عنده، وإذا ثبت عنده أن القاضي الأول أشهد بثبوت العقد عنده قضى بشهادتهم بعد الإعذار دون تزكية وإن لم يعرف عدالة. انتهى. ووقع في كلامه بعد ذكره مسألة تخالف ما ذكره في هذه المسألة.

مسألة: سئلت عن مسألة وهي ما إذا أسند شخص وصيته على أولاده إلى شخص، وأثبت ذلك حاكم مالكي وحكم به فهل للحاكم الحنفي أو غيره أن يثبت رشد/ ذلك المحجور ويفك عنه الحجر؟ 140
فأجبت بأنه إذا حكم المالكي بصحة الوصية فلا ينافي ذلك حكم الحنفي أو غيره بفك الحجر عنده بما يوجب ذلك، وأما إذا حكم المالكي بموجب الوصية فللحنفي إذا آنس منه الرشد وثبت ذلك عنده أن يحكم بفك الحجر لثبوت الرشد عنده، وأما إذا أراد أن يفك الحجر بغير ذلك كما يذكر عن الحنفية أن الشخص إذا بلغ خمسا وعشرين سنة انفك عنه الحجر، وإن لم يؤنس رشده فليس له ذلك لأن ذلك مناف لحكم المالكي بموجب الوصية لأن من موجبها أنه لا ينفك عنه الحجر إلا بإيناس الرشد فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال القرافي في الفرق الثالث بعد المائتين: الإقطاع حكم من أحكام الأئمة لا ينقض، وذكره في الذخيرة في باب إحياء الموات. والله أعلم.

ص: كفسخ برضاع كبير وتأبيد منكوحة عدة ش: ما ذكره ابن عرفة من البحث مع ابن شاس وتفريقه بين المثالين ظاهر لأن حكم القاضي في رضاع الكبير بفسخ النكاح مستلزم لحكمه [بتحريم[1290]] رضاع الكبير إذ لا موجب للفسخ سواه، فحكم الثاني بصحة النكاح الثاني رافع لحكم الأول بتحريم رضاع الكبير، فلا يصح حكمه بذلك، بخلاف حكمه بفسخ نكاح المعتدة فإنه لا يستلزم الحكم بتأبيد حرمتها؛ لأن الفسخ لكون النكاح في العدة فاسدا وتأبيد التحريم أمر وراء ذلك اختلف فيه العلماء هل يستلزمه النكاح في العدة أم لا؟ وأما الفسخ فلا تعلق له به. نعم وقع في عبارة ابن شاس التي نقلها الجماعة عنه، [ومنهم ابن عرفة[1291]] أن للقاضي فسخ نكاح المعتدة وحرمتها، فإن كان مرادهم بقولهم حرمتها أنه حكم بحرمتها عليه للفسخ فما قالوه ظاهر، وإن كان مرادهم أن

الحديث ....

[1290] *- في المطبوع لتحريم وما بين المعقوفين من يحيى413 ويم86 ومايابى108.

[1291] *- في المطبوع منهم ابن عرفة وما بين المعقوفين من يحيى414 ويم86 ومايابى108 وم50 وسيد21.

نص خليل أَوْ إِقْرَارِ الْخَصْمِ بِالْعَدَالَةِ وَإِنْ أَنْكَرَ مَحْكُومٌ عَلَيْهِ إِقْرَارَهُ بَعْدَهُ لَمْ يُفِدْهُ وَإِنْ شَهِدَا بِحُكْمٍ نَسِيَهُ أَوْ أَنْكَرَهُ أَمْضَاهُ وَأَنْهَى لِغَيْرِهِ بِمُشَافَهَةٍ إِنْ كَانَ كُلٌّ بِوِلاَيَتِهِ.

متن الحطاب القاضي حكم بتأبيد تحريمها فكيف يصح حكم القاضي الثاني بصحة النكاح الثاني؟ ولعلهم فهموا المعنى الأول، وأما على المعنى الثاني فلا يجوز للقاضي الثاني أن يحكم بصحة النكاح الثاني.

تنبيه: لو رفع نكاح الناكح في العدة لقاض ففسخ ثم تزوجها ذلك الزوج بعد انقضاء العدة والاستبراء من وطئه فرفع ذلك لقاض يرى تأبيد تحريمها ففسخ النكاح [فلا يصح حينئذ[1292]] لقاض آخر أن يحكم بصحة نكاحها بعد ذلك؛ لأن فسخ هذا النكاح الثاني مستلزم للحكم بتأبيد تحريمها على الناكح في العدة؛ إذ لا مقتضي للفسخ سواه فتأمله. والله أعلم.

ص: **أو أقر الخصم بالعدالة** ش: انظر ابن عرفة ورسم الشجرة تطعم بطنين من سماع ابن القاسم من الشهادات، وتقدم كلام ابن رشد على مسألة الرسم المذكور،/ وما حصله في ذلك في باب الإقرار عند قول المصنف: "لو شهد فلان غير العدل". 141

ص: **وإن أنكر محكوم عليه إقراره بعده لم يفده** ش: تقدم كلام التوضيح عند قول المصنف: "وشهودا" أن الخصم إذا أقر عند الحاكم فالمشهور أنه لا يحكم عليه ابتداء بما أقر به عنده في مجلسه، حتى يشهد عنده بإقراره شاهدان، ومقابله أن له ذلك، وكلام المصنف هذا بعد الوقوع والنزول وهو فيما إذا أقر عنده، وحكم عليه قبل أن يشهد على إقراره فأنكر الخصم الإقرار، والمعنى أن الحاكم إذا حكم مستندا لإقرار المحكوم عليه في مجلسه من غير أن يشهد على إقراره مقلدا للقول بجواز ذلك فإن حكمه بذلك لا ينقض كما تقدم، فإذا قال الحاكم حكمت عليه بمقتضى إقراره عندي، فقال المحكوم عليه لم أقر عنده فلا يفيده ذلك، والقول قول الحاكم. هكذا فرض المسألة في التوضيح وغيره. قال في النوادر: فإن جهل وأنفذ عليه هو حكمه بما أقر به عنده في مجلس الحكم ولم يشهد عليه بذلك غيره فلينقض هو ذلك ما لم يعزل، فأما غيره من القضاة فلا أحب له نقضه في الإقرار خاصة في مجلس القضاء، وأما ما كان قبل أن يستقضى، أو رآه وهو قاض، أو سمعه من طلاق أو زنا أو غصب أو أخذ مال فلا ينفذ منه شيء، فإن نفذ منه شيء فلا ينفذه أحد غيره من الحكام ولينقضه. انتهى.

فرع: فإذا أنكرت البينة أن تكون شهدت عند القاضي بما حكم به وهو يقول شهدتم وحكمت بشهادتكم فاختلف في ذلك. قال في النوادر في كتاب أدب القضاة في ترجمة القاضي يقول حكمت لفلان ما نصه: قال ابن القاسم في المجموعة في القاضي يقول لرجل قضيت عليك بكذا بشهادة عدول فأنكر وقال ما شهدوا علي، وسئل الشهود فأنكروا، فقال القاضي قد نزعوا قال يرفع ذلك إلى سلطان غيره فإن كان القاضي ممن يعرف بالعدل لم ينقض قضاؤه أنكر الشهود أو ماتوا، وإن لم يعرف بالعدالة لم ينفذ ذلك، وابتدأ السلطان النظر في ذلك، وقاله سحنون. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء. انتهى. وقال اللخمي: إن أنكرت البينة أن تكون شهدت عليه بتلك الشهادة كان فيها قولان هل يقبل قولهما وينقض الحكم أو يمضي ويعد ذلك منهما رجوعا، وقال ابن القاسم يرفع

الحديث ....

[1292] – ساقط من المطبوع ويم 65 و م ص50 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 140 ومايابى108 ويحيى414.

نص خليل وَبِشَاهِدَيْنِ مُطْلَقًا وَاعْتَمَدَ عَلَيْهِمَا وَإِنْ خَالَفَا كِتَابَهُ وَنُدِبَ خَتْمُهُ وَلَمْ يُفِدْ وَحْدَهُ وَأَدَّيَا وَإِنْ عِنْدَ غَيْرِهِ وَأَفَادَ إِنْ أَشْهَدَهُمَا أَنَّ مَا فِيهِ حُكْمُهُ أَوْ خَطُّهُ كَالإِقْرَارِ وَمَيَّزَ فِيهِ مَا يَتَمَيَّزُ بِهِ مِن اسْمٍ وَحِرْفَةٍ وَغَيْرِهِمَا فَنَفَّذَهُ الثاني وَبَنَى كَأَنْ نُقِلَ لِخُطَّةٍ أُخْرَى وَإِنْ حَدًّا إِنْ كَانَ أَهْلاً أَوْ قَاضِيَ مِصْرٍ وَإِلاَّ فَلاَ.

متن الحطاب ذلك الأمر إلى السلطان، فإن كان القاضي عدلا لم ينقض قضاؤه. قال سحنون: ولا يرجع على الشهود بشيء، وقال ابن المواز في كتاب الرجوع عن الشهادة: إذا حكم القاضي بشهادة رجلين على رجل بمائة دينار، ثم أنكر الشاهدان، وقالا إنما شهدنا بالمائة للآخر المحكوم عليه والقاضي على يقين أن الشهادة كانت على ما حكم قال: فعلى القاضي أن يغرم المائة للمحكوم عليه؛ لأن الشهود شهدوا بخلاف قوله، ولا يجوز للقاضي أن يرجع على المشهود له؛ لأنه يقول حكمت بحق، وهذا خلاف قول ابن القاسم؛ لأنه نقض الحكم فيما بين الحاكم والمحكوم عليه وأغرم المال برجوع البينة، وينبغي على أصله إذا كان/ الحاكم فقيرا أن ينتزع المال من المحكوم له ويرد، إلى المحكوم عليه إذا رفع ذلك إلى حاكم غير الأول. انتهى.

142

قلت: وهذا القول غير ظاهر. والله أعلم. ثم قال اللخمي: وإن قال القاضي أنا أشك أو وهمت نقض الحكم فيما بين المحكوم له والمحكوم عليه، ويرجع الأمر إلى ما تقوله البينة الآن، ويكون على المحكوم له أن يغرم مائتين، المائة التي قبض والمائة التي شهدت بها البينة. انتهى.

ص: **وشاهدين مطلقا** ش: قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: والأصل في هذا أن قول القاضي مقبول فيما أخبر أنه ثبت عنده أو قضى به ينفذ ما أشهد به من ذلك على نفسه ما دام قاضيا لم يعزل. انتهى.

تنبيه: قوله مطلقا يقتضي أنه لا يثبت حكم الحاكم إلا بشاهدين ولو كان المحكوم به مالا وهو مخالف لما سيقوله في الشهادة، فينبغي أن يقيد بذلك، ونقل الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر النكاح الثاني عن ابن رشد أنه قال: المشهور أن حكم الحاكم في المال يثبت بالشاهد واليمين. والله أعلم.

143

ص: **ولم يفده وحده** ش: يعني أن كتاب القاضي لا يفيد وحده دون إشهاده أن ما فيه حكمه/ أو أنه خطه. قال ابن رشد في شرح أول مسألة من الأقضية: ولا يكتفي في ذلك بالشاهد الواحد ولا بالشهادة على أن الكتاب بخط القاضي ولا أن الختم ختمه، وهذا في الكتب التي تأتي من كورة إلى كورة ومن مثل مكة إلى المدينة، وأما إذا جاء من أعراض المدينة إلى قاضيها كتاب بغير بينة فإنه يقبله بمعرفة الخط والختم وبالشاهد الواحد إذا لم يكن هو صاحب القضية؛ لقرب المسافة واستدراك ما يخشى من التعدي. قاله ابن حبيب. وقال ابن كنانة وابن نافع في الحقوق اليسيرة خلاف ظاهر قول ابن حبيب وقد كان يعمل فيما مضى بمعرفة الخط والختم دون بينة حتى حدث اتهام الناس. قال في رسم الأقضية من سماع أشهب من الوصايا أول من أحدثه أمير المؤمنين وأهل بيته: وفي البخاري أول من سأل البينة على كتاب القاضي ابن أبي ليلى وسوار بن عبد الله العبدي، ذكره في الكلام على فرض القاضي للزوجة نفقتها ثم يموت في كتاب النفقات من المدونة، والمسألة تكلم عليها ابن رشد في أول

الحديث ....

نص خليل

كَأَنْ شَارَكَهُ غَيْرُهُ وَإِنْ مَيِّتًا وَإِن لَّمْ يُمَيِّزْ فَفِي إِعْدَائِهِ أَوْ لاَ حَتَّى يُثْبِتَ أَحَدِيَّتَهُ قَوْلاَنِ وَالْقَرِيبُ كَالْحَاضِرِ وَالْبَعِيدَةُ كَإِفْرِيقِيَّةَ قُضِيَ عَلَيْهِ بِيَمِينِ الْقَضَاءِ وَسَمَّى الشُّهُودَ وَإِلاَّ نُقِضَ وَالْعَشَرَةِ أَوِ الْيَوْمَانِ مَعَ الْخَوْفِ يُقْضَى عَلَيْهِ مَعَهَا فِي غَيْرِ اسْتِحْقَاقِ الْعَقَارِ وَحَكَمَ بِمَا يَتَمَيَّزُ غَائِبًا بِالصِّفَةِ كَدَيْنٍ.

متن الحطاب

مسألة من رسم جاع فباع من كتاب عيسى من سماع الشهادة. والله أعلم. انتهى. ثم قال: وإذا كتب إليه يسأله عن الشاهد الذي شهد عنده اكتفي في جوابه بمعرفة الخط، دون الشهادة على الكتاب. قاله ابن حبيب. ما لم يكن فيما سأله عنه، فكتب إليه فيه قضية قاطعة، والقياس أنه لا يكتفي بشيء [من ذلك بمعرفة الخط[1293]] إلا فيما قرب من أعراض المدينة على ما تقدم. انتهى.

ص: كأن شاركه غيره ش: قال البرزلي في مسائل النكاح: من شهد عليه بحق فأنكر أن يكون هو المشهود عليه، فذكر ابن رشد أن الأصل أنه هو إذا كان موافقا لما في الوثيقة حتى يثبت أن ثم غيره على صفته ونسبه، فيكون حينئذ الإثبات على الطالب في تعيينه دون غيره، وأحفظ في بعض نوازل ابن الحاج أن الحق يلزم جميع من كان على تلك الصفة اتحد أو تعدد. انتهى. وقوله فيكون حينئذ الإثبات/ على الطالب؛ يعني فإذا أثبت أن ثم غيره على الصفة المذكورة فيكون الإثبات حينئذ على الطالب. 144

ص: والبعيد جدا الخ ش: هذه تسمى يمين الاستبراء ويمين القضاء، وهي تتوجه في الحكم على الغائب والميت، وقد عقد لها في التبصرة فصلا، وذكر ابن سهل في أحكامه أنها إنما تتوجه فيما إذا كان الحق في ذمة الميت، وأما إذا شهدت بينة بأن الميت أقر بهذا الشيء لشخص فإنه يأخذه ولا يمين، وسيأتي مزيد كلام لذلك في باب الشهادة عند قول المصنف: "وإن قال أبرأني موكلك الغائب".

مسألة: قال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب المناقب في شرح قوله: {من ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار[1]} وفي رواية مسلم والإسماعيلي {من ادعى ما ليس له فليس منا وليتبوأ مقعده من النار[2]} وهو أعم مما تدل عليه رواية البخاري، ويؤخذ من رواية مسلم تحريم الدعوى بشيء ليس هو للمدعي، فيدخل فيه الدعوى الباطلة كلها، واستدل به ابن دقيق العيد للمالكية في تصحيح الدعوى على الغائب بغير مسخر؛ لدخول المسخر في دعوى ما ليس له وهو يعلم أنه ليس له، والقاضي الذي يقيمه أيضا يعلم أن دعواه باطلة. قال: وليس هذا القانون منصوصا في الشرع حتى يخص به عموم هذا الوعيد، وإنما المقصود إيصال الحق لمستحقه فترك مراعاة هذا القدر وتحصيل المقصود من إيصال الحق لمستحقه أولى من الدخول تحت هذا الوعيد العظيم. انتهى. وكلام ابن دقيق العيد المذكور رأيته في شرح العمدة له في كتاب اللعان فلينظر فيه. والله أعلم./ 145

الحديث

1 – عن أبي ذر رضي الله عنه أنه سمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول ليس من رجل ادعى لغير أبيه وهو يعلمه إلا كفر، ومن ادعى قوما ليس له فيهم نسب فليتبوأ مقعده من النار. البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2508.

2– مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث، 61، ط. دار إحياء التراث العربي.

1293 – في المطبوع من ذلك إلا بمعرفة الخط وما بين المعقوفين من ن عدود ص 143 ومايابى109 ويحيى ص71 ويم ص66 و م ص51.

نص خليل وَجَلَبَ الْخَصْمَ بِخَاتَمٍ أَوْ رَسُولٍ إنْ كَانَ عَلَى مَسَافَةِ الْعَدْوَى لاَ أَكْثَرَ كَسِتِّينَ مِيلاً إلاَّ بِشَاهِدٍ.

متن الحطاب ص: وجلب الخصم بخاتم أو رسول إن كان على مسافة العدوى ش: قال القرافي في الفرق الخامس والثلاثين والمائتين بين قاعدة ما تجب [1294] إجابة الحاكم فيه إذا دعاه إليه وبين قاعدة ما لا تجب إجابته فيه: إن دعي من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة؛ لأنه لا تتم مصالح الأحكام وإنصاف المظلومين من الظالمين إلا بذلك، وَمِنْ [أبعد[1295]] من المسافة لا تجب الإجابة، وإن لم يكن له عليه حق لم تجب الإجابة، أو له عليه حق ولكن لا يتوقف على الحاكم لا تجب الإجابة، فإن كان قادرا على أدائه لزمه أداؤه ولا يذهب إليه، ومتى علم خصمه إعساره حرم عليه طلبه ودعواه إلى الحاكم، وإن دعاه وعلم أنه يحكم عليه [بجور[1296]] لم تجب الإجابة، وتحرم في الدماء والفروج والحدود وسائر العقوبات الشرعية، وإن كان الحق موقوفا على الحاكم كتأجيل العنين يخير الزوج بين الطلاق فلا تجب الإجابة، وبين الإجابة فليس له الامتناع منها، وكذلك القسمة المتوقفة على الحكم يخير بين تمليك [حصته[1297]] لغريمه وبين الإجابة فليس له الامتناع، وكذلك الفسوخ الموقوفة على الحكام.

وإن دعي إلى حق يختلف في ثبوته وخصمه يعتقد ثبوته وجب؛ لأنها دعوى حق، أو يعتقد عدم ثبوته لم تجب لأنه مبطل، وإن دعاه الحاكم وجبت له؛ لأن المحل قابل للحكم والتصرف والاجتهاد ومتى طولب بحق وجب عليه على الفور كرد المغصوب وجب أداؤه في الحال، ولا يحل له أن يقول لا أدفعه إلا بالحكم؛ لأن المطل [ظلم،[1298]] ووقوف الناس عند الحاكم صعب، وأما النفقات فيجب الحضور فيها عند الحاكم لتقديرها إن كانت للأقارب، وإن كانت للزوجة أو الرقيق يخير بين إبانة الزوجة وعتق الرقيق وبين الإجابة. انتهى.

ونقله في الذخيرة في أول كتاب الدّعاوي، وصدره بقوله إذا دعي خصم من مسافة العدوى فما دونها وجبت الإجابة إلى آخره، وذكر ما تقدم فدل على أن مسافة العدوى هي مسافة القصر، وفي المسائل الملقوطة اختلف العلماء هل يحضر الحاكم الخصم المطلوب بمجرد الدعوى أو لا بد أن يسأله عن وجه الدعوى ويذكر للحاكم السبب، والذي ذهب إليه جماعة من أصحابنا أنه لا يحضر حتى يبين [المدعي[1299]] أن للدعوى أصلا، وهي رواية عن أحمد، ونقل عن الشافعي وأبي حنيفة، وعن أحمد في رواية أنه يحضر بمجرد الدعوى، والأول أولى لأن الدعوى قد لا تتوجه، فيبعث إليه من مسافة العدوى ويحضره لما لا يجب عليه فيه شيء ويفوت عليه كثير من مصالحه، وربما كان حضور بعض الناس والدعوى عليه بمجلس

الحديث ....

[1294] – في المطبوع ويم ص66 و م ص51 تجب فيه إجابة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص415 ومايابى110.

[1295] * – في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من يحيى415 ويم87 ومايابى110 وم51 وسيد22 والفروق ج4 ص1220.

[1296] – في المطبوع بجبروما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص71 ويم ص66 و م ص51 ومايابى110.

[1297] – في المطبوع صحته وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص71 ويم ص66 و م ص51 ومايابى110.

[1298] – في المطبوع ظلما وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص71 ويم ص66 و م ص51 ومايابى110.

[1299] – في المطبوع للمدعى وما بين المعقوفين من ن عدود ص 145 ويحيى ص71 ويم ص67 و م ص51 ومايابى111.

نص خليل وَلاَ يُزَوِّجُ امْرَأَةً لَيْسَتْ بِولاَيَتِهِ وَهَلْ يُدَّعَى حَيْثُ الْمُدَّعَى عَلَيْهِ وَبِهِ عُمِلَ أَوِ الْمُدَّعَى وَأُقِيمَ مِنْهَا وَفِي تَمْكِينِ الدَّعْوَى لِغَائِبٍ بِلاَ وَكَالَةٍ تَرَدُّدٌ.

متن الحطاب الحكام [مزريا[1300?]] به، فيقصد من له غرض فاسد أذى من يريد بذلك من التبصرة. انتهى.

146

ص: ولا يزوج امرأة ليست بولايته ش: مسألة: وقعت وهي امرأة في/ بلاد الشَّحْر من اليمن تزوجها رجل مغربي، ثم سافر عنها إلى جهة مصر ولم يترك لها نفقة ولا ما [ينفق عليها[1301]] وكتب إليه فلم يطلق ولم يرسل بنفقة وليس ببلدها من يطلق عليه، لكونها بنت قاضي ذلك البلد، فهل لقاضي مكة أن يطلق عليه؟ فأجاب القاضي أبو القاسم بن أبي السعادات الأنصاري المالكي بأن [لمن[1302]] يرى الحكم على الغائب أن يحكم بالفسخ وتمكن المرأة من إيقاع طلقة بعد إثبات الفصول المعتبرة في ذلك شرعا إذا حضرت المرأة المذكورة أو وكيلها، ويكتب الحاكم لعدول بلدها بما ثبت عنده ويأمرهم بتحليفها وتمكينها من إيقاع طلقة عليها. والله أعلم.

ص: وهل [يداعى[1303]] حيث المدعى عليه وبه عمل أو المدعي وأقيم منها ش: هذا نحو ما ذكره في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الحكم على الغائب، وقال ابن عبد الحكم إن كان له بالبلد مال أو حميل إلى آخره، وعليه شرحه الشراح، والذي في تبصرة ابن فرحون إنما هو إذا كان الشيء المدعى فيه في غير بلد المدعى عليه، فقال ابن الماجشون إنما الخصومة حيث المدعى فيه، وقال مطرف وأصبغ حيث المدعى عليه. والله أعلم. وقال أبو الحسن لما ذكر بعض الكلام في هذه المسألة في أوائل كتاب الشفعة في مسألة ما إذا كانت الدار غائبة والشفيع والمشتري حاضران قال: وهذا كله في الأصول وأما ما يتعلق بالذمم فحيث لقي الطالب المطلوب. انظر نوازل سحنون. انتهى. وانظر أحكام ابن سهل في الجزء الثاني من الأقضية. والله أعلم.

ص: وفي تمكين الدعوى لغائب بلا وكالة تردد ش: أشار بالتردد إلى الخلاف في الطرق التي ذكرها في التوضيح وذكرها ابن عرفة وغيره. اهـ.

تنبيه: هذا الخلاف في الدعوى ممن لا تعلق له بالشيء المدعى فيه، [وأما[1304]] من له فيه تعلق لاستيفاء حقه منه فهل له المطالبة بذلك أم لا؟ لم أر في ذلك كلاما شافيا، والذي تقتضيه نصوص المذهب الآتي ذكرها أن تلخص قاعدة من ذلك، وتجعل المسألة على ثلاثة أوجه؛ وهي أن هذا المدعي إن تعلق به الشيء المدعى فيه، ودخل في ضمانه وهو مطالب به فله المخاصمة فيه والدعوى وإثبات ملك الغائب وتسلمه، وإن لم يكن في ضمانه فإما أن يريد أن يستوفي من ذلك المدعى فيه شيئا له في

الحديث ....

1300 ? *- في المطبوع مزر ويحيى415 ومياىى111 مزري.

1301 *- في المطبوع تنفق عليه وما بين المعقوفين من يحيى415.

1302 *- في المطبوع لم وفي يحيى415 وم51 ومايابى111 بان لم ير.

1303 - في المطبوع يراعى ويحيى ص72 و ذي وم ص51 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ومايابى111.

1304 - في المطبوع بإذن من صاحبه أو بغير إذنه أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص72 ويم ص67 و م ص51 ومايابى111.

نص خليل ....

متن الحطاب ذمة المالك الغائب أم لا، فإن كان الأول جاز له أن يدعي ويثبت ملك الغائب أيضا، وإلا لم يمكن من الدعوى، فمن القسم الأول الغاصب إذا غصبه غاصب آخر، والمستعير إذا كان الشيء مما يغاب عليه والمرتهن كذلك والحميل [ونحو[1305]] ذلك. قال في نوازل سحنون من كتاب الغصب: سئل سحنون عن رجل من العمال أكره رجلا أن يدخل بيت رجل يخرج منه متاعه يدفعه إليه، فأخرج له ما أمره به فدفعه إليه، ثم عزل ذلك/ العامل الغاصب، ثم أتى المغصوب منه المتاع، فطلب ما غصب، فهل يكون له أن يأخذ بماله من شاء منهما إن [شاء الآمر[1306]] وإن شاء المأمور؟ فقال: نعم له أن يأخذ بماله من شاء منهما، قيل له: فإن أخذ ماله من الذي أكره على الدخول هل يرجع هذا الذي غرم على العامل الذي أكرهه على الدخول؟ فقال: نعم، قيل له: فإن عزل الأمير الغاصب، وغاب المغصوب منه المتاع فقام هذا المكره على الدخول في بيت الرجل على الأمير الغاصب لهذا المتاع ليغرمه إياه ويقول أنا المأخوذ به إذا جاء صاحبه هل يعدى عليه؟ قال: نعم. 147

قال محمد بن رشد: هذا كما قال لأن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالقتل والغصب لا يصح بإجماع، وإنما يصح فيما لا يتعلق به حق لمخلوق من الأقوال باتفاق، ومن الأفعال على اختلاف، وقد مضى تحصيل القول في هذا في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وأما قوله بأنه يقضى للمكره على الدخول في بيت [الرجل على العامل[1307]] بالمال؛ لأنه هو المأخوذ به ففيه نظر والذي يوجبه النظر أن يقضى له بتغريمه إياه ولا يمكن منه ويوقف لصاحبه. انتهى. ونقله في التوضيح وقبله، وكذلك ابن عرفة، لكن قال أثره :قلت: الأظهر تمكينه منه؛ لأنه لو هلك في الوقت لضمنه؛ لأنه على حكم الغصب باق. انتهى. وأما قوله إن الإكراه على الأفعال التي يتعلق بها حق لمخلوق كالغصب والقتل لا يصح بإجماع فليس كذلك بل فيه الخلاف حسبما نقله في التوضيح وابن عرفة وغيره، وقالوا أيضا في باب الحمالة إذا أراد الحميل أخذ الحق بعد محله والطالب غائب وقال أخاف أن يفلس وهو ممن يخاف عدمه قبل قدوم الطالب أو لا يخاف إلا أنه كثير اللدد والمطل، مكن من ذلك، فإن كان الحميل أمينا أقر عنده، وإلا [أودع[1308]] لبراءة الحميل والغريم. انتهى من الذخيرة.

وذكره أبو الحسن عن عبد الحق وغيره، ومن القسم الثاني المرتهن يثبت ملك الراهن ليبيعه ويستوفي منه حقه، وزوجة الغائب وغرماؤه يثبتون ماله ليباع لهم ويستوفون حقهم. قال ابن رشد: الذي جرى به العمل أن القاضي لا يحكم للمرتهن ببيع الرهن حتى يثبت عنده الدين والرهن وملك الراهن له، ويحلفه مع ذلك أنه ما وهب دينه ولا قبضه ولا أحال به،وإنه لباق عليه إلى حين قيامه.انتهى. وقال في التوضيح في باب النفقات: وإن كان للزوج ودائع وديون فرض للزوجة نفقتها في ذلك، ولها أن تقيم البينة على من جحد من غرمائه أن لزوجها عليهم دينا،ويقضى عليهم بنفقتها. ثم قال: واعلم أن الحاكم لا يبيع

الحديث ....

[1305] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 146 ويحيى ص72 ويم ص67 و م ص52 ومايابى111.

[1306] *– في المطبوع إن شاء من الآمر وما بين المعقوفين من يحيى416 ومايابى111 وم52 ويم88.

[1307] *– في المطبوع الرجل العامل وما بين المعقوفين من مايابى112 والبيان ج11 ص278.

[1308] – في المطبوع أردع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 147 ويحيى ص72 ويم ص67 و م ص52 ومايابى112.

نص خليل ....

متن الحطاب الدار حتى يكلف المرأة إثبات ملكية الزوج لها، وتشهد البينة بأن الدار لم تخرج عن ملكه في علمهم. انتهى. وقال في التوضيح في شرح مسألة من ادعى عليه في شيء بيده، فقال هو لفلان الغائب عن المازري ما نصه: فإن زعم المدعى عليه أن الدار رهن في يديه فالتحقيق يقتضي أن يمكن من إقامة البينة أنها للغائب حينئذ. انتهى. وقال في كتاب الرهون من المدونة: وأما ما يغاب عليه فالمرتهن يضمنه إلا أن يقيم بينة على هلاكه من غير سببه، وإنما هو بأمر من الله أو بتعدي أجنبي، فذلك من الراهن وله طلب الجاني.

وقال أبو الحسن: وإنما لم يقل لهما؛ لأن الراهن أرجح؛ لأن الملك له وأما المرتهن فليس له إلا الوثيقة، فإذا لم يطلبه الراهن كان للمرتهن طلبه بحق وثيقة. انتهى. وقال في أواخر باب الإجارة من الجواهر فيما إذا غصبت الدار المستأجرة: ولو أقر المكري للغاصب بالرقبة قبل إقراره في الرقبة ولا يفوت حق المنفعة تبعا على المستأجر، بل له مخاصمة الغاصب لأجل حقه في المنفعة. انتهى. ومن القسم الثالث المودع والوكيل على شيء مخصوص، ونحو ذلك.

قال في الذخيرة في كتاب الوديعة: الفرع الثامن: قال صاحب [الإشراف[1309]] إذا سرقت الوديعة ليس للمودع مخاصمة السارق إلا بتوكيل منك، وقال أبو حنيفة له ذلك؛ بناء على أن الخصومة في الأملاك للملاك، ومن ليس مالكا فلا خصومة له./ انتهى. وفي نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات في شرح المسألة الثانية. 148

قال محمد بن رشد: إذا وكل الوكيل على طلب آبق فأدركه في يد مشتر أنه لا يمكن من إيقاع البينة على أنه للذي وكله حتى يقيم البينة أنه وكله على الخصومة فيه، وهو صحيح على ما تقدم في المسألة التي قبلها أنه ليس للوكيل أن يتعدى ما وكل عليه ويتجاوزه إلى غيره. انتهى. وقال في التوضيح في شرح المسألة المتقدمة، وهي مسألة من ادعى عليه رجل في شيء بيده فقال هو لفلان الغائب فنقل الكلام المتقدم عن المازري، ونصه: ولو أراد من بيده الدار أن يقيم بينة بملك الغائب يعارض بها بينة المدعي ولم تثبت له وكالة تبيح المدافعة ففي تمكينه من ذلك خلاف للعلماء. انتهى.

وقال في كتاب الغصب من المدونة: ومن بيده وديعة أو عارية [أو بإجارة[1310]] وربها غائب، فادعاها رجل وأقام البينة أنها له فليقض له بها؛ لأن الغائب يقضى عليه بعد الاستيناءإلا أن يكون ربها بموضع قريب فيتلوم له القاضي ويأمر أن يكتب إليه حتى يقدم. انتهى. فلم يجعل لمن بيده الوديعة والعارية ولا المستأجر المخاصمة بل قضى بذلك على الغائب الذي أقام البينة أن ذلك له، وقال في أكرية الدور من تبصرة اللخمي: وإن هدم الدار أجنبي سقط مقال المكتري في ذلك الكراء؛ لأن المنافع في ضمان المكري حتى يقبضها المكتري ويكون صاحب الدار بالخيار بين أن يغرم الهادم قيمتها على أن لا كراء فيها أو يغرمه قيمتها مستثناة المنافع سنة ويأخذه بالمسمى الذي أكرى به؛ لأنه دين كان له على المكتري أبطله له بهدمه لتلك الدار. انتهى. فجعل المتكلم[1311] في ذلك لمالك الدار، ولم يجعله لمالك المنافع -وهو المكتري- لأنه ليس له شيء في ذمة المكري يستوفيه منها؛ لسقوط ذلك عنه بالهدم، لكون المنافع في ضمان المكري حتى يستوفيها المكتري، وقال في نوازل ابن رشد في مسائل البيع: سئل عن أصحاب

الحديث ....

[1309] *- في المطبوع الإشراق وما بين المعقوفين من الذخيرة ج7 ص352.

[1310] *- في المطبوع أو إجازة وما بين المعقوفين من مايابى113 وم52 وسيد22 والتهذيب ج4 ص95.

[1311] *- في سيد22 ومايابى113 ويم89 وم52 التكلم.

نص خليل ....

متن الحطاب المواريث إذا باعوا شيئا على أنه لبيت المال، فقام من أثبت عند القاضي أن هذا المبيع لقريب منه غائب، وهو حي، وحازه عند القاضي هل يفسخ القاضي البيع ويوقفه للغائب، أو يبقى بيد المبتاع حتى يقدم الغائب؟ فأجاب: لا يمكن القاضي القريب من المخاصمة عن قريبه الغائب فيما باعه صاحب المواريث دون وكالة وإنما يمكنه من إثبات حقه في ذلك، والتحصين له بالإشهاد عليه مخافة أن تغيب البينة أو تتغير، وقال في رسم الأقضية من سماع أشهب [من كتاب الأقضية الأول:[1312]] وسألته عن عشيرة رجل ذكروا أن رجلا منهم بالأندلس، وفي يد رجل منهم له دار، وأنه ادعاها لنفسه وأنكر أن يكون لصاحبهم في يديه حق، وسألوه أن يأذن لهم في المخاصمة وإثبات البينة عليه بحق الغائب قبل هلاك من يعلم ذلك ويشهد عليه، هل ترى أن يأذن لهم في ذلك؟ قال: لا أرى ذلك إلا بوكالة أو أمر يعرفه.

قال ابن رشد: مثل هذا حكى ابن حبيب في الواضحة من رواية ابن غانم عن مالك، ومن رواية أصبغ عن ابن القاسم عن مالك، وزاد عن ابن القاسم أنه قال: فإن جهل القاضي فأمره بالمخاصمة فحكم عليه أوله لم يجز ذلك عليه ولا له، وقال ابن نافع مثله، وقد مضى القول على هذه المسألة محصلا مستوفى في الرسم الذي قبل هذا، ويشير بذلك إلى ما في رسم الأقضية الثالث من السماع المذكور، ونصه: وسألته عن الرجل يموت ويترك زوجة وبيدها ماله ورباعه ودوابه وكل كثير له وقليل، وللهالك أخ غائب فيقوم ابن الأخ الغائب فيقول أنا أثبت أن هذا المال الذي بيدها كله لعمي، وليس لها منه شيء وأبي وارثه، فإذا قضى به لعمي فضعوه بيد عدل، ولا تدفعوه إلي، أو يقوم في ذلك رجل غير ابنه فيقول مثل مقالته. فقال: أما الابن فأرى أن يمكن من ذلك، فإذا ثبت ما قال وضع على يد عدل، فأما الرجل غير ذلك فلا أدري ما هذا؟

قال ابن رشد: أجاز في هذه الرواية للابن أن يخاصم عن أبيه الغائب في رباعه وحيوانه وجميع ماله دون توكيل، وكذلك الأب فيما ادعاه لابنه وقع ذلك في/ الجدار، وقال في الواضحة إن ذلك في الأب أبين منه في الابن، ولم يجز ذلك لمن سوى الأب والابن من القرابة والعشيرة على ما سيأتي له في الرسم الذي بعد هذا وفي رسم الكبش من سماع يحيى غير أنه [زاد فيه أنه يمكن[1313]] من إيقاع البينة وإثبات الحق لا أكثر، وليس ما في رسم الكبش بمخالف لما في هذه الرواية وقد حملها بعض أهل النظر على الخلاف، وليس ذاك بصحيح، وقد اختلف في هذا على أربعة أقوال: الأول ما حملت عليه هذه الرواية، وما في رسم الكبش من سماع يحيى من التفرقة بين الأب والابن، وبين سائر القرابة والأجنبيين، والثاني أنه يمكن من قام عن غائب يطلب حقا له من المخاصمة عنه في ذلك دون توكيل وإن كان أجنبيا، ذهب إلى هذا سحنون وإلى أن القاضي يوكل من يقوم بحقه، [وتأول[1314]] ما روي عن مالك من أنه لا يمكن أحد إلا بوكالة فقال معناه فيما طال من الزمان ودرس فيه العلم، وهو أحد قولي ابن الماجشون، وروي ذلك عن

149

الحديث ....

[1312] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 148 ويحيى ص73 ويم ص68 و م ص52 ومايابى113.

[1313] – في المطبوع في هذه الرواية أراد المالك في الحال أن يمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج9 ص193.

[1314] *– في المطبوع تأول وما بين المعقوفين من يحيى117 وسيد22 ومايابى114 ويم89 وم52.

نص خليل ....

متن الحطاب أصبغ، [والثالث[1315]] يمكن من إقامة البينة، ولا يمكن من الخصومة، [والرابع[1316]] أنه لا يمكن من إقامة البينة ولا من الخصومة، وهو قول ابن الماجشون في الواضحة ومطرف، وقد قيل إن القريب والأجنبي يمكن من المخاصمة في العبد والدابة والثوب دون توكيل؛ لأن هذه الأشياء تفوت وتحول وتغيب ولا يمكن من المخاصمة فيما سوى ذلك من الدين وغيره إلا الأب والابن. حكى هذا ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون، وهو قول خامس في المسألة، واختلف إذا مكن القائم عن الغائب في المخاصمة عنه فيما يدعيه له دون توكيل على القول به، فقيل ذلك في قريب الغيبة وبعيدها سواء، وهو الظاهر من رواية أشهب هذه إذ لم يفرق فيها بين قريب الغيبة من بعيدها، وكذلك حكاه أبو زيد عن ابن الماجشون في الحيوان يدعيه ابن الغائب أو أجنبي، وقيل إن ذلك في القريب الغيبة دون البعيد، وإلى هذا ذهب سحنون وابن حبيب فيما حكى عن مطرف، ثم ذكر مسائل استدل بها لهذا القول وأطال في ذلك. والله أعلم.

تنبيهات: الأول: إذا كان للمدعي حصة في الشيء المدعى به، وباقيه للغائب، فله الدعوى في ذلك، ويأخذ حصته ويترك الباقي في يد من هو في يده حتى يأتي من يدعيه. قال في أواخر الشهادات من المدونة: وإن شهدوا أن هذا وارث أبيه أو جده مع ورثة آخرين لم يعط هذا منها إلا مقدار حصته، ويترك القاضي باقيها في يد المدعى عليه حتى يأتي من يستحقه، وقد كان يقول غير هذا؛ يعني بالمقول ما روي عن مالك بعده وهو أنه ينزع من يد المطلوب ويوقف، وفي كتاب الولاء أتم مما هنا. قال بعض القرويين: ينبغي على قول ابن القاسم إذا قامت غرماء بدين على الغائب أن يباع لهم الحظ الموقوف بيد المدعى عليه؛ لأن الغائب لو كان حاضرا ونكل عن اليمين لكان للغرماء أخذها وبيعها في دينهم. ابن يونس: يريد بعد يمينهم التي كان يحلفها الغائب. انظر تمامها. انتهى. وانظر التبصرة لابن فرحون في تقسيم المدعى لهم.

الثاني: إذا ثبت حق لغائب، فهل يوقف حتى يحلف يمين الاستظهار، أو يسلم لوكيله وتؤخر اليمين حتى يقدم فيحلف أو يموت فتحلف ورثته، وإن نكل أو نكلوا رجع عليه ذكر البرزلي في ذلك قولين في مسائل الغصب والاستحقاق، وسيأتي الكلام على ذلك مستوفى في باب الشهادات عند قول المصنف وإن قال أبرأني موكلك الغائب.

الثالث: إذا ردت اليمين على الموكل وهو غائب، فقال ابن رشد في آخر مسائل الوكالات من نوازله في رجل غائب وكل وكيلا على القيام بعيب في سلعة اشتراها من رجل، فأنكر الرجل أن يكون باع من موكله وإنما باعها من رجل آخر، فلزمه اليمين لعدم البينة فرد اليمين على الغائب الجواب: الذي أرى في هذا إذا لم يسم المقوم عليه من باع السلعة منه، أو سمى رجلا بعيد الغيبة فتبين بذلك لدده أن/ يؤخذ منه حميل بالثمن إلى أن يكتب للغائب في الموضع الذي هو به فيحلف، وسواء كان قريب الغيبة أو بعيدها، ولا يدخل في هذا الاختلاف الذي في وكيل الغائب على قبض الدين يقر به ويدعي

150

الحديث ....

[1315] – في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص149 ويم89 وم53 ويحيى417.
[1316] – في المطبوع الرابع وم53 وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص149 ويم89 ويحيى417.

نص خليل **بَاب الْعَدْلُ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَاقِلٌ بَالِغٌ بلا فِسْقٍ وَحَجْرٍ وَبِدْعَةٍ وَإِنْ تَأَوَّلَ كَخَارِجِيٍّ وَقَدَرِيٍّ لَمْ يُبَاشِرْ كَبِيرَةً.**

متن الحطاب أنه قضاه لأن هذا مقر للغائب بشيء، وأما أخذ الثمن منه وإيقافه فلا أراه؛ إذ لم يثبت عليه بعد شيء. انتهى.

الرابع: قال الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب الرد بالعيب في الكلام على الرد على الغائب: والقاعدة أن الإمام لا يتعرض لديون الغائب يقبضها إلا أن يكون مفقودا أو مولى عليه أو حاضرا يريد أن تبرأ ذمته ورب الدين غائب أو حاضر ملد، وهذا بخلاف من تعدى على مال غائب فأفسده، فإن الإمام يأخذ منه القيمة ويحبسها للغائب. انتهى. ونحوه في النكت فانظره. قال ابن رشد: وإنما لا يعرض السلطان لمن غاب وترك مالا له بيد رجل أو دينا له قبله إذا سافر كما يسافر الناس، وأما إذا طالت غيبته وانقطع خبره فالسلطان ينظر له ويحوز ماله على ما وقع في طلاق السنة. انتهى من رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب الأقضية.

الخامس: قال في نوازل ابن رشد من مسائل الدعوى والخصومات: سئل عن أصحاب المواريث هل يجوز لهم الخصام في شيء لبيت المال وهو بيد رجل يدعيه لنفسه أم لا يجوز لهم خصامه، ويقيمون البينة على انفراد بيت المال به، دون الذي هو في يده؟ الجواب: لا يمكن أصحاب المواريث من الخصام في ذلك دون أن يجعل إليه الطلب في ذلك والمخاصمة، وإن أراد ليثبت ذلك لبيت المال ويحصنه بالإشهاد دون مخاصمة من هو في يده كان ذلك له. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: **باب العدل حر مسلم عاقل بالغ** ش: هذا يسمى باب الشهادة. قال ابن عبد السلام: ولا حاجة/ لتعريف حقيقتها لأنها معلومة، واعترضه ابن عرفة بأنه مناف لقول القرافي أقمت ثماني سنين أطلب الفرق بين الشهادة والرواية. قال ابن عرفة: والصواب أن الشهادة قول هو بحيث يوجب على الحاكم سماعه الحكم بمقتضاه إن عدل قائله مع تعدده أو حلف طالبه، فتخرج الرواية والخبر القسيم للشهادة وإخبار القاضي بما ثبت عنده قاضيا آخر يجب عليه الحكم بمقتضى ما كتب به إليه لعدم شرطية التعدد والحلف، وتدخل الشهادة قبل الأداء وغير التامة لأن الحيثية لا توجب حصول مدلول ما أضيفت إليه بالفعل حسبما ذكروه في تعريف الدلالة. انتهى. وقوله: "إن عدل قائله "يريد إن ثبتت عدالته عند القاضي إما بالبينة أو بكونه يعلمها، ولو قال قول عدل إلى آخره وأسقط قوله: "إن عدل قائله" لكان أبين لأن عدل إنما يستعمل [غالبا[1317]] فيما ثبت، أو لو قال يوجب على الحاكم [سماعه الحكم[1318]] بمقتضاه إن علم عدالة قائله [ليشمل[1319]] ذلك ما إذا ثبتت عدالته عنده أو كان عالما بها والظاهر أن في حده دورا؛ لأن الحكم بافتقاره للتعدد فرع عن كونه شهادة.

151

تنبيه: جعل المصنف رحمه الله هذه شروطا في العدالة، وهو خلاف ما يقوله أهل المذهب فإنهم إنما جعلوا هذه الأوصاف شروطا في قبول الشهادة، وذكروا من جملة الشروط العدالة، وهو أبين، فإن العبد يوصف بالعدالة. قال ابن عرفة: ولما كانت الشهادة موجبة لحكم الحاكم أي بمقتضاها اكتسبت شرفا

الحديث

....

1317 – في المطبوع غائبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص74 ويم ص69 و م ص53.

1318 – في المطبوع لأن الحكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص74 ويم ص69 و م ص53.

1319 – في المطبوع لشمل وم ص53 ويم ص90 وما بين المعقوفين من ن ذي ص 151 ويحيى ص74.

نص خليل أَوْ كَثِيرَ كَذِبٍ أَوْ صَغِيرَةَ خِسَّةٍ.

متن الحطاب فاشترط فيها [شروط[1320]] منها في أدائها الإسلام اتفاقا. قال: ومنها الحرية والعقل. ثم قال: والبلوغ ثم قال: والعدالة. قال: ولما كانت شروطا في الشهادة والرواية تكلم عليها الفقهاء والأصوليون وابن الحاجب في أصله وفقهه، وأطال المازري فيها الكلام، والأولى صفة مظنة تمنع موصوفها البدعة وما يشينه عرفا ومعصية غير قليل الصغائر، فالصغائر الخسيسة مندرجة فيما يشين ونادر الكذب في غير عظيم مفسدة عفو، مندرج في قليل الصغائر؛ بدليل قولها في آخر شهادتها: مما يجرح به أنه كذاب في غير شيء واحد، وأطول منه قول ابن الحاجب في [الفقهى[1321]] العدالة المحافظة الدينية على اجتناب الكذب، والكبائر، وتوقي الصغائر، وأداء الأمانة، وحسن المعاملة ليس معها بدعة، [ويتعقب بحشو الدينية لاستقلاله دونها، وإجمال قوله: "وتوقي الصغائر" لاحتمال جميعها[1322]] أو أكثرها. ابن عبد السلام: والضمير في قوله ليس معها بدعة راجع للعدالة، وظاهره أن السلامة من البدعة أمر زائد على العدالة، لكن تعليله اشتراط هذه المعية بقوله فإنها فسق يوجب كونها مضادة، فيستغنى بذكر العدالة عنها كما استغني بذكر العدالة عن سائر أضدادها، وقد يجاب بأن هذا النوع من أضداد [العدالة كثر[1323]] النزاع فيه. انتهى. ويجاب بأن قوله الدينية احترز به من المحافظة المذكورة، إذا لم يكن القصد بها الدين، وإنما فعلها لتحصيل منصب دنيوي، وقال ابن محرز في تبصرته: قال أبو بكر الأبهري في صفة من تقبل شهادته: هو المجتنب الكبائر، المتوقي لأكثر الصغائر، إذا كان ذا مروءة وتمييز، متيقظا متوسط الحال بين البغض والمحبة.

قلت: وقد أتت هذه الصفة على جميع ما ينبغي للشاهد العدل انتهى. وقوله: "حر" لا خفاء في اشتراط الحرية، وقوله: "مسلم" كذلك، وقوله: "عاقل" قال ابن عرفة: ابن عبد السلام: لا يختلف في اعتبار العقل في حالتي التحمل والأداء، ولا يضر ذهاب العقل في غير هاتين الحالتين، ونص عليه عبد الملك. قال ابن عرفة: قلت: ما ذكره هو مقتضى المذهب، ونص عبد الملك عليه لا أعرفه، بل نقل الشيخ عن المجموعة قال ابن وهب عن مالك في الكبير يخنق ثم يفيق: إن كان يفيق إفاقة بينة يعقلها جازت شهادته وبيعه وابتياعه. انتهى.

ص: أو كَثِير كذب ش: قال ابن عرفة: وأما الكذب فنصها مما يجرح به الشاهد قيام بينة على أنه كذاب في غير شيء واحد، ونقلها ابن الحاجب بأنه معروف بالكذب في غير شيء واحد. قال/ ابن عبد السلام: كلامه [يعطي[1324]] تكرار الكذب ممن [ثبت[1325]] عليه ذلك، وأنه مشهور من قوله معروف، ولم يشترط هذا القيد الأخير في المدونة ويكفي تكرار الكذب. 152

الحديث ....

[1320] – في المطبوع ويحيى ص74 شروطا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم ص69 و م ص53.

[1321] – في المطبوع ويحيى ص74 الفقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويم ص69 و م ص53 ومايابى116.

[1322] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص74 ويم ص69 و م ص53 ومايابى116.

[1323] – في المطبوع فلذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص 151 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص53 ومايابى116.

[1324] – في المطبوع يعني وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايابى116.

[1325] – في المطبوع يثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ومايابى116

نص خليل وَسَفَاهَةً وَلَعِبَ نَرْدٍ ذو مُرُوءَة.

متن الحطاب قلت: قوله: يعطي تكرار الكذب [لا وجه لتخصيصه[1326]] به دون المدونة؛ لأن فيها لفظ كذاب وفعال يدل على التكرار ضرورة، وقوله إنه مشهور من قوله: معروف يرد بمنعه؛ لأن مدلول مشهور أخص من معروف، ولا يلزم من صدق الأعم صدق الأخص، وقوله: لم يشترط هذا في المدونة إن أراد به كونه مشهورا فلا يضر لما بينا أن لفظ معروف لا يستلزمه، وإن أراد لفظ معروف فقوله لم يشترط في المدونة إن أراد نصا فمسلم، وإن أراد لزوما منع؛ لأن لفظ قولها قيام البينة العادلة أنه كذاب بصيغة المبالغة يدل على أنه معروف بمطلق الكذب عادة؛ لأن الغالب في العادة أنه لا يثبت بالبينة العادلة على رجل أنه كذاب في غير شيء إلا وهو معروف بمطلق [الكذب فتأمله[1327]] منصفا. انتهى.

ص: وسفاهة ش: لعله يريد بالسفاهة المجون. قال في المدونة في كتاب القطع: أو أنهم مجان. قال في التوضيح: جمع ماجن. الجوهري: المجون أن لا يبالي الإنسان ما صنع. انتهى. وقال ابن فرحون في شرحه: وفي التقريب: الماجن هو القليل المروءة، الذي يكثر الدعابة والهزل في أكثر الأوقات. انتهى.

ص: ذو مروءة ش: ابن عرفة: والروايات والأقوال واضحة [بأن[1328]] ترك المروءة جرحة، قيل لأن تركها يدل على عدم المحافظة الدينية، وهي لازم العدالة، وتقرر بأنها مسببة غالبا عن اتباع الشهوات المازري لأن من لا يبالي بسقوط منزلته ودناءة همته فهو ناقص العقل ونقصه يوجب عدم الثقة به.

قلت: والمروءة هي المحافظة على فعل ما تركه من مباح يوجب الذم عرفا كترك المليء الانتعال في بلد يستقبح فيه مشي مثله حافيا، وعلى ترك ما فعله [من[1329]] مباح يوجب ذمه عرفا، كالأكل عندنا في السوق، وفي حانوت الطباخ لغير الغريب. انتهى. وفي التوضيح: ابن محرز: ولسنا نريد بالمروءة نظافة الثوب وفراهة المركوب وجودة الآلة وحسن الشارة، بل المراد [الصون[1330]] والسمت الحسن وحفظ اللسان، وتجنب المجون، والسخف، والارتفاع عن كل خلق رديء، يرى أن من تخلق به لا يحافظ معه على دينه وإن لم يكن في نفسه جرحة. انتهى. فمن ترك اللباس المحرم أو المكروه الخارج عن السنة لا يكون جرحة في شهادته، كلباس فقهاء هذا الزمان، من تكبيرهم العمائم وإفراطهم في توسيع الثياب وتطويلهم الأكمام، وقد صرح الشيخ أبو عبد الله بن الحاج في المدخل بأن ذلك ممنوع، ونقل عن العلماء من أهل المذهب وغيرهم الكلام في ذلك فراجعه. نعم لو مشى الإنسان حافيا أو بغير عمامة

الحديث ....

[1326] – في المطبوع له ومايابى116 وضبب عليها عدود ص 152 وما بين المعقوفين من يحيى ص75 ويم ص69 و م ص54.

[1327] – في المطبوع عادة لأنه الغالب وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايابى116.

[1328] *– في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من يحيى419 وسيد23 وم54 ويم90 ومايابى116.

[1329] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايابى117.

[1330] – في المطبوع التصون و م ص54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ومايابى117 ويحيى ص75 ويم ص69 التصوف.

نص خليل بِتَرْكِ غَيْرِ لاَئِقٍ مِنْ حَمَامٍ وَسَمَاعِ غِنَاءٍ وَدِبَاغَةٍ.

متن الحطاب بالكلية مما هو مباح، لكن العادة خلافه ينظر في [أمره[1331]] فإن أراد بذلك كسر النفس ومجاهدتها لم يكن ذلك جرحة في حقه، وإن كان على جهة المجون والاستهزاء بالناس فذلك جرحة، كما قاله في التوضيح في الصنائع، وتقدم في كلام ابن عرفة في القولة التي قبل هذه، وأما حمل الإنسان متاعه من السوق فهو من السنة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: {صاحب الشيء أحق بشيئه [أن يحمله[1332]] 1}وذلك حين اشترى السراويل وأراد بعض أصحابه أن يحملها عنه، وأظنه السيد أبا بكر رضي الله عنه والقضية في الشفاء، وقوله في التوضيح: وحسن الشارة، الشارة الهيئة واللباس. يقال ما أحسن شوار الرجل وشارته أي لباسه وهيئته. قال ابن الأعرابي: الشورة بالضم الجمال، وبالفتح الخجل.انتهى من المعلم في شرح قوله: إن رجلا أتاه وعليه شارة حسنة، وقال القاضي عياض الشوار هنا بالفتح، وأما الشورة الجمال فبالفتح والضم معا، وشوار البيت متاعه بالكسر، وشوار الرجل مذاكيره. انتهى. وقال ابن سيده في محكمه: وشوار الرجل ذكره وخصياه واسته، وفي الدعاء أبدى الله شواره بالضم لغة عن ثعلب. انتهى./ 153

ص: بترك غير لائق من حمام ش: قال في التوضيح عن ابن محرز: الإدمان على لعب الحمام والشطرنج جرحة، وإن لم يقامر عليها. قال في آخر كتاب الرجم: ولا تجوز شهادة لاعب الحمام إذا كان يقامر عليها، واختلف الشيوخ هل يقيد ما قاله في غير هذا الموضع بهذا القيد؛ أي المقامرة أو خلاف؟. انتهى. وقال في الشامل: بترك غير لائق من لعب بحمام وإن دون قمار على الأصح. انتهى. لكن يفهم من كلامه في التوضيح اشتراط الإدمان، وظاهر كلام المصنف هنا خلاف ذلك، وعزا أبو الحسن التقييد بالإدمان لكتاب الشهادات، ويفهم من كلام المصنف وغيره من أهل المذهب أن اللعب بالحمام غير حرام، ولكنه غير لائق. والله أعلم.

ص: وسماع غناء ش: قال في التوضيح: الغناء إن كان بغير آلة فهو مكروه، ولا يقدح في الشهادة بالمرة الواحدة، بل لا بد من تكرره، وكذا نص عليه ابن عبد الحكم؛ لأنه حينئذ يكون قادحا في المروءة، وفي المدونة ترد شهادة المغني والمغنية والنائح والنائحة إذا عرفوا بذلك. المازري: وأما الغناء بآلة فإن كانت ذات أوتار كالعود والطنبور فممنوع، وكذلك المزمار، والظاهر عند بعض العلماء أن ذلك يلحق بالمحرمات، وإن كان محمد أطلق في سماع العود أنه مكروه، وقد يريد بذلك التحريم، ونص محمد بن عبد الحكم على أن سماع العود ترد به الشهادة، قال إلا أن يكون ذلك في عرس أو صنيع [و[1333]] ليس معه شراب يسكر فإنه لا يمنع من قبول الشهادة. قال: وإن كان ذلك مكروها على كل حال، وقد يريد بالكراهة التحريم كما قدمنا. انتهى. ونقله ابن عرفة أيضا.

الحديث 1- صاحب الشيء أحق بشيئه أن يحمله إلا أن يكون ضعيفا فيعجز عنه فيعينه أخوه المسلم، مجمع الزوائد، ج5 ص125.

1331 – في المطبوع أموره وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايابى117.

1332 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 152 ويحيى ص75 ويم ص69 و م ص54 ومايابى117.

1333 – ساقط من المطبوع ويم ص70 وم ص54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 153 ويحيى ص76 ومايابى117.

نص خليل

وَحِيَاكَةٍ اخْتِيَارًا وَإِدَامَةِ شَطْرَنْجٍ وَإِنْ أَعْمَى فِي قَوْلٍ أَوْ أَصَمَّ فِي فِعْلٍ لَّيْسَ بِمُغَفَّلٍ إِلاَّ فِيمَا لاَ يَلْبَسُ وَلاَ مُتَأَكِّدِ الْقُرْبِ كَأَبٍ وَإِنْ عَلاَ وَزَوْجِهِمَا وَوَلَدٍ وَإِنْ سَفَلَ كَبِنْتٍ وَزَوْجِهِمَا.

متن الحطاب 154

ص: وحياكة ش: قال البرزلي: رأيت لبعضهم أن هذه الصناعات إن صنعها تصغيرا لنفسه، أو ليدخل السرور بها على الفقراء، أو يتصدق بما يأخذ فإنها حسنة، وإلا فهي جرحة. انتهى./

ص: وإدامة شطرنج ش: قال في الشامل: وإدامة شطرنج ولو مرة في العام، وقيل أكثر وهل يحرم أو يكره قولان، وثالثها إن لعبه [مُحْتَرَمٌ][1334] مع الأوباش على طريق حرم، وفي الخلوة مع [نظرائه][1335] بلا إدمان، وترك مهم، ولهي عن عبادة جاز، وقيل إن ألهى عن الصلاة في وقتها حرم وإلا جاز. انتهى.

ص: وإن أعمى في قول ش: شهادة الأعمى في الأقوال المشهور فيها أنها جائزة، وشهادته في غير الأقوال لا تجوز، وهذا فيما تحمله بعد العمى، وأما ما تحمله من الشهادة في غير الأقوال قبل العمى فظاهر كلام بعض أصحابنا كالمصنف في توضيحه وابن عبد السلام في شرحه وابن فرحون في تبصرته أنها لا تجوز؛ لأنهم ينقلون أولا المذهب ثم يقولون، وقال الشافعي: تجوز فيما تحمله قبل العمى فتخصيصهم التفرقة بين ما تحمله قبل العمى وبين ما تحمله بعده [بالشافعي][1336] يدل على أن المذهب عدم التفصيل، وقال في الجزء الأول من شهادات النوادر: وقد قال ابن أبي ليلى وأبو يوسف ما شهد عليه قبل أن يعمى قبلناه.

قال سحنون: ولا فرق بين ذلك؛ لأنه حين قبولها أعمى. انتهى. فظاهر كلام سحنون أن مذهبنا لا فرق، خلافا لقول ابن أبي ليلى وأبي يوسف فتأمل ذلك. وصرح الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد بأنه إذا تحملها قبل العمى أنها تقبل منه، ونصه عند قول صاحب الإرشاد: "وتقبل من الأعمى فيما لا [يشتبه][1337] عليه من الأقوال" قال في شرح العمدة: معناه تجوز شهادة الأعمى على الأقوال إذا كان فطنا ولا تشتبه عليه الأصوات، ويتيقن المشهود له وعليه، فإن شك في شيء من ذلك لم تجز شهادته، ولا تقبل في المرئيات إلا أن يكون قد تحملها بصيرا ثم عمي، وهو يتيقن عين المشهود عليه أو يعرفه باسمه ونسبه. انتهى. وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: مال المصنف؛ -يعني البخاري- إلى إجازة شهادة الأعمى، وهو قول الليث، سواء علم ذلك قبل العمى أو بعده، وفصل الجمهور فأجازوا ما تحمله قبله لا بعده، وكذا ما يتنزل فيه منزلة البصير كأن يشهده شخص بشيء ويتعلق هو به إلى أن يشهد به عليه. انتهى.

ص: ولا متأكد القرب كأب وإن علا الخ ش: قال ابن عرفة: المازري: لا تجوز شهادة الأب وإن علا لولده وإن سفل، كان جدا من قبل الأب أو الأم، ولا شهادة بني بنيهم لهم، وهو مشهور مذهب مالك والشافعي وذكر بعض متأخري الشافعية عن مالك قبول شهادة الولد لأبيه دون الأب لابنه

الحديث

....

1334 - في المطبوع محرم ويحيى ص76 و م ص54 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم ص70 ومايابى117.

1335 - في المطبوع ويم ص70 نظائره وما بين المعقوفين من ن الزايد ص 154 ويحيى ص76 و م ص54 ومايابى118.

1336 - في المطبوع فالشافعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويم70 وم54 ومايابى118.

1337 *- في المطبوع يشبه وما بين المعقوفين من يحيى420 وسيد23 ومايابى113 وم54 ويم91.

نص خليل وَشَهَادَةُ ابْنٍ مَّعَ أبٍ وَاحِدَةً كَكُلٌ عِنْدَ الآخَرِ أوْ عَلَى شَهَادَتِهِ أوْ حُكْمِهِ.

متن الحطاب [وهي[1338]] حكاية مستنكرة عند المالكية وربما كانت وهما من ناقلها. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: ابن سحنون: عنه شهادة الولدين أن فلانا شج أباهما، وهما مسلمان والأب عبد أو مكاتب مسلما أو نصرانيا ساقطة، وكذا لو شهدا لأبيهما وقد مات نصرانيا بدين على فلان وترك ولدا نصرانيا/ وكذا لو شهدا أن أباهما العبد جنى على رجل جناية، وأن سيده باعه أو أعطاه أحدا ابن عبدوس عن سحنون وكذا شهادة ابن الملاعنة لمن نفاه. انتهى.

155

فرع: قال في المدونة: ولا تجوز شهادة الأبوين أو أحدهما للولد ولا الولد لهما ولا أحد الزوجين لصاحبه ولا الجد لابن ابنه ولا الرجل لجده، ولا يجوز لأحد من هؤلاء شهادة الآخر في حق أو تزكية أو تجريح من شهد عليه. انتهى. زاد ابن يونس بعد قوله ولا الرجل لجده من قبل الرجال والنساء كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتبا. انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها لا تجوز لأحد الزوجين على صاحبه زاد ابن سحنون: كان المشهود له حرا أو عبدا أو مكاتبا. انتهى. وهذه العبارة التي قالها لا معنى لها، فتأملها ولفظ المدونة ما تقدم.

فرع: ولا تجوز شهادة الرجل لزوجة أبيه ولا لزوجة ابنه ولا لابن زوجته ولا لأبيها عند ابن القاسم، خلافا لسحنون. قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات، وقال في رسم جاع من سماع عيسى: وأما شهادة الرجل لابن زوج ابنته وأبويه فلا يخالف ابن القاسم سحنون في جوازها لهم؛ لبعد التهمة وإنما يخالفه فيما تقدم. انتهى. وقال ابن عرفة: اللخمي لابن القاسم في العتبية، لا تجوز شهادة الرجل لزوج ابنته ولا لزوجة ولده. انتهى. وفي النوادر ومن هذه الكتب كلها إلا كتاب ابن حبيب. قال ابن القاسم ولا تجوز شهادته لزوجة أبيه ولا لزوجته ولا لابن امرأته ولا لوالدها، وكذلك المرأة لابن زوجها. انتهى. وإذا كانت شهادته لزوجة أبيه غير جائزة عند ابن القاسم مع بعد التهمة للعداوة التي بينهما في الغالب، فشهادة الرجل لزوج أمه أحرى بعدم الجواز، كما دل عليه كلام المصنف، وقبله الشارح، فإني لم أقف عليه الآن منصوصا، بل مقتضى كلام [المصنف صحة[1339]]شهادة الشخص لزوجة جده وزوج جدته وإن بعدا، وعدم صحة شهادة الشخص لزوجة ابن ابنه [وزوج[1340]] بنت ابنه وإن سفلا، ولم أقف على التصريح بجميع ذلك فتأمله. والله أعلم.

ص: وشهادة ابن مع أب واحدة ككل عند الآخر [أو[1341]] على شهادته أو حكمه ش: هذا قول أصبغ وقال سحنون: بجواز الجميع بشرط التبريز كما قاله ابن رشد في أول سماع ابن القاسم من

الحديث ....

1338 – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص 154 ويحيى ص76 ويم ص70 و م ص55 وحكاية ومايابى118 وهذه.

1339 – في المطبوع ومايابى119 ويم ص70 و م ص55 المصنف عدم صحة وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ويحيى ص76.

1340 – في المطبوع وزوجة وما بين المعقوفين من م155 ومايابى119.

1341 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ويحيى ص76 و م ص55 ويم ص70 ومايابى119.

نص خليل بِخِلَافِ أَخٍ لأَخٍ إِنْ بَرَّزَ وَلَوْ بِتَعْدِيلٍ وَتُؤُوِّلَتْ أَيْضًا بِخِلَافِهِ كَأَجِيرٍ وَمَوْلًى وَمُلَاطِفٍ وَمُفَاوِضٍ فِي غَيْرِ مُفَاوَضَةٍ وَزَائِدٍ.

متن الحطاب الشهادات، وقال ابن [راشد[1342]] في اللباب: وشهادة الأب مع ولده جائزة على القول المعمول به. انتهى. وقال ابن فرحون: ولو شهد الأب مع ابنه عند الحاكم جازت على القول المعمول به، وقال بعض الموثقين: شهادتهما بمنزلة شهادة واحدة، وفي معين الحكام: والقول بأنهما بمنزلة شاهدين أعدل. ثم قال: وتعديل أحدهما الآخر لم يجزه أحد من أصحاب مالك، إلا [أن[1343]] ابن الماجشون قال: إن لم يكن التعديل نَزَعَهُ ولم يكن به قام وإنما نزعه وقام به إحياء شهادته فلا بأس أن يصفه بما تتم به شهادته وفيه بعد. قال ابن عرفة: وما أدركت قاضيا حفظه الله من تقديم ولده أو قريبه إلا قاضيا واحدا. جعلنا الله ممن علم الحق وعمل به. انتهى. ثم قال: مسألة: وأما شهادة الأخوين في شيء فشهادتهما جائزة وليسا كالأب وابنه.

تنبيه: قد تلحقهما التهمة فلا تجوز شهادتهما كما لو شهد أخوان أن هذا ابن أخيهما الميت، والمشهود له ذو شرف فإن النسب لا يثبت بشهادتهما، ويثبت للمشهود له المال إن ادعاه. والله أعلم.

فرع: تنفيذ القاضي حكم والده أو ولده لم أر فيه نصا، والظاهر جواز ذلك؛ لأن للحاكم أن ينفذ حكم نفسه إذا قامت عليه بينة، وإن نسيه أو أنكره فكذلك حكم ولده أو والده فتأمله. والله أعلم.

ص: بخلاف أخ لأخ إن برز ولو بتعديل ش: ويشترط فيه أن لا يكون في عياله ويشترط ذلك أيضا في شهادة المولى لمعتقه والصديق الملاطف والأجير، وقد نص على الثلاثة الأول في كتاب الشهادات من المدونة قال فيها: وتجوز شهادة الأخ لأخيه والرجل لمولاه أو [لصديقه الملاطف[1344]] إلا أن يكون من عياله أحد من/ هؤلاء يمونه فلا تجوز شهادته له، وتجوز شهادة الرجل لشريكه المفاوض إذا شهد له في غير التجارة إذا كان لا يجر لنفسه بذلك شيئا. انتهى. وقال في أول الكتاب ولا تجوز شهادة من هو في عيال الرجل له، وكذلك الأخ والأجنبي إذا كانا في عياله، فإن لم يكونا في عياله جازت شهادتهما إذا كانا مبرزين في العدالة في الأموال والتعديل. 156

قال في التنبيهات: المبرز بكسر الراء المشددة أي ظاهر العدالة سابقا غيره متقدما، وأصله من تبريز الخيل في السبق وتقدم سابقها، وهو المبرز لظهوره وبروزه أمامها. انتهى. وقال ابن رشد في أول سماع ابن القاسم من الشهادات: يشترط التبريز في العدالة على مذهب ابن القاسم فيمن سئل في مرضه شهادة لتنقل عنه فقال لا أعلمها، ثم شهد بها واعتذر بأنه خشي في مرضه عدم تثبته فيها، ومن زاد في شهادته أو نقص بعد أدائها، وشهادة الأخ لأخيه والأجير لمن استأجره إن لم يكن في عياله، وشهادة المولى لمن أعتقه، وشهادة الصديق الملاطف لصديقه، وشهادة الشريك المفاوض لشريكه في غير مال المفاوضة. انتهى. وسيأتي لفظ السماع في

الحديث ....

[1342] *- في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من يحيى420 وسيد23 ومايابى119.

[1343] - في المطبوع ويحيى ص76 و م ص55 ويم ص70 إلا ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص 155 ومايابى119.

[1344] - في المطبوع لصديقه أو الملاطف وما بين المعقوفين من ن عدود ص155 ويحيى ص77 و م ص55 ويم ص71 ومايابى119.

نص خليل ....

متن الحطاب
القولة التي بعد هذه، ونقله ابن عرفة في المانع الثالث، وكأن المؤلف استغنى عن هذا الشرط بقوله بعد هذا: ولا إن جربها فإنهم جعلوا من ذلك شهادة المنفق عليه للمنفق فتأمله.
تنبيهان: الأول: قال سحنون في كتاب ابنه: معنى [الذي ليس[1345]] في عياله هو الأجير المشترك مثل الصناع وغيرهم، فأما الأجير الذي يصير جميع عمله لمن استأجره وهو في عياله أو ليس في عياله قد دفع إليه مؤنته فلا يجوز أن يشهد له وإن كان معتزلا عنه. انتهى من النوادر. ونقله ابن يونس وأبو الحسن، وزاد: قال اللخمي ظاهر قول ابن القاسم أن المنع إذا كان في نفقته كانت النفقة بالطوع أو من الإجارة؛ لأن المظنة تتعلق بالوجهين جميعا لأنه يخشى إن لم يشهد له أن يصرفه، وكذلك الأجير المشترك كالطراز والقصار لأنه يتهم في شهادته له أن يخصه بأعماله. انتهى. وأما شهادة السمسار فقال ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الأقضية في شرح قولها: ولا تجوز شهادة المعزول على ما حكم به يقوم منه ومما فوقه. ومن قولها بعد ولا تجوز شهادة قسام القاضي أن شهادة الخاطب والسمسار لا تجوز، وفي ذلك خلاف، والفتوى بقبول شهادة الخاطب دون السمسار. انتهى. لكن قيد في كتاب الأيمان بالطلاق عدم جواز شهادة السمسار بما إذا شهد فيما يتهم فيه، ونصه عند قول المدونة: وإن شهد رجلان على رجل أنه أمرهما أن ينكحاه وأن يبتاعا له بيعا وأنهما فعلا ذلك وهو ينكر لم تجز شهادتهما عليه لأنهما خصمان.
قال ابن ناجي مثله في النكاح الأول حيث لم تجز شهادة الأب في عقدة النكاح؛ لأنه شهد على فعل نفسه ويقوم [من هنا[1346]] أن شهادة السمسار لا تجوز، وذلك فيما يتهم فيه كما إذا شهد في عقد البيع، وأما حيث لا يتهم فجائزة، كما إذا شهد في الثمن وكانت أجرته لا تختلف، سواء باع بقليل أو كثير، ونص عليه بذلك الشعبي، وأفتى ابن الحاج بجواز شهادته، ذكره فيما إذا أنكر المبتاع البيع، ويقوم منها أيضا أن شهادة الخاطب لا تجوز، وفيها خلاف حكاه صاحب الطراز في أول الأنكحة فقال: لا تجوز شهادة الخاطبين لأنهما معا كخصمين، وقيل إنما ذلك إذا أخذا على ذلك أجرا، فإن لم ياخذا أجرا جاز، وكانت الفتوى تجري به، وسئل عنها ابن رشد فأجاب بجوازها لعدم التهمة، وأما شهادة المشرف لمن يشرف عليه فسأل عنها عياض ابن رشد فأفتاه بالجواز، وهو واضح لقول أحمد بن نصر وغيره إن تنازع المشرف والوصي عند من يكون المال فإنه يكون عند الوصي، ويقوم منها ما في سماع أصبغ من الشهادات فيمن دفع إلى رجلين مالا وأمرهما أن يدفعاه إلى رجل وأن يشهدا عليه فزعما أنهما فعلا ذلك، وأنكر الرجل فقال لا تجوز شهادتهما؛ لأنهما/ يتهمان في دفع اليمين عنهما. انتهى. فتحصل من كلامه أن شهادة السمسار جائزة فيما لا يتهم فيه بلا خلاف، وفي شهادته فيما يتهم فيه قولان وقعت الفتوى بكل منهما فتأمله. والله أعلم. وتقدم الكلام على شهادة الخاطب والقسام والعاقد في كتاب القسمة.
فائدة: وقع في نوازل البرزلي في كتاب الإجارة للسماسرة عدة أسماء فسماهم في بعض المواضع

157

الحديث ....

[1345] - في المطبوع ليس الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص156 ويحيى ص77 و م ص55 ويم ص71 ومايابى120.

[1346] *- في المطبوع منهما وما بين المعقوفين من يحيى 421 وسيد24 ومايابى120 وم55.

نص خليل أَوْ مُنَقِّصٍ وَذَاكِرٍ بَعْدَ شَكٍّ وَتَزْكِيَةٍ وَإِن بِحَدٍّ مِّن مَّعْرُوفٍ إِلاَّ الْغَرِيبَ.

متن الحطاب سماسرة، وفي بعضها النخاسين، وفي بعضها الصاحة، وفي بعضها الدلالين وفي بعضها الطوافين، وفي بعضها الوكلاء من السماسرة. والله أعلم.

الثاني: الصديق الملاطف هو المختص بالرجل الذي يلاطف كل واحد منهما صاحبه، ومعنى اللطف الإحسان والبر والتكرمة، وهو أحد معاني تسميته لطيفا، ولو كانت هذه الملاطفة من أحدهما للآخر كانت كمسألة الأخوين اللذين ينال أحدهما بر الآخر وصلته. انتهى من كتاب الأقضية من التنبيهات.

وقال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في كتاب الإقرار: والصديق الملاطف هو الذي قيل فيه:

إن أخاك الحق من كان معك ومن يضر نفسه لينفعك

ومن إذا ريب الزمان صدعك شتت فيك شمله ليجمعك.

اهـ. وهذا الذي قاله بعيد وقل أن يوجد أحد بهذه الصفات، فالأولى تفسيره بما في التنبيهات. والله أعلم.

ص: أو منقص ش: **مسألة**: وإذا نقص الشاهد بعض الشهادة ونسي البعض فيرد الجميع. قاله ابن رشد في نوازل أصبغ من الشهادات في آخر الكلام على مسألة من أعتق عبدين فشهدا بعد عتقهما أنه غصبهما من رجل، ونصه: وإذا لم يأت الشاهد بالشهادة على وجهها، أو سقط عن حفظه بعضها فإنها تسقط كلها بإجماع. انتهى.

ص: وذاكر بعد شك ش: قال في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: إذا سئل الشخص عن شهادة في مرضه لتنقل عنه، أو ليشهد على شهادته تحصينا لها، أو سئل عند الحاكم ليشهد بها فأنكرها وقال لا علم عندي منها، ثم جاء يشهد فإنه يقبل إذا كان مبرزا في العدالة، وأما لو لقيه الذي عليه الحق فقال بلغني أنك تشهد علي بكذا فقال لا أشهد عليك بذلك ولا عندي منه علم وإن شهدت عليك فشهادتي باطلة لم يقدح في شهادته ولا يضرها، وإن أقام على قوله بينة. قال ذلك ابن حبيب في الواضحة: وهل يحمل على التفسير لقول/ مالك هذا؟. انتهى. وفيه أما إذا قال الشاهد بعد شهادته للمشهود عليه إن كنت شهدت عليك بذلك فأنا مبطل فإنه رجوع عن الشهادة، وذكر فيه ابن رشد خلافا.

158

فرع: قال في الطراز في الذي يسأل الشهادة فيقول هي اليوم عندي ألف سنة: قال بعضهم هو جاهل ولا تسقط شهادته؛ لأنه محمول على المبالغة، وقد قال عليه الصلاة والسلام: {لا يضع عصاه عن عاتقه[1]}.

فرع: قال ابن رشد في مسائل الشهادات في نوازله في رجل شهد لرجل شهادة فقال المشهود عليه للمشهود له ما بال هذا الشاهد لم يؤد لك هذه الشهادة منذ كذا وكذا؟ فقال له المشهود له إنه لتحريه وتوسوسه توقف وتثبت حتى جاء بنص كلامك مخافة أن يزيد عليك فيه شيئا لم تقله، فزعم المشهود عليه أن قول المشهود له المنصوص فوق هذا مسقط لشهادة الشاهد لما فيه من ذكر الوسوسة. فأجاب أن ذلك لا يبطل شهادة الشاهد؛ لأنه إنما وصفه بالتحري والتثبت.انتهى مختصرا.

الحديث 1- أما أبو جهم فلا يضع عصاه عن عاتقه وأما معاوية فصعلوك لا مال له انكحي أسامة بن زيد، مسلم في صحيحه، كتاب الطلاق، رقم الحديث 1480، جزء من حديث فاطمة بنت قيس.

نص خليل

بِأَشْهَدُ أَنَّهُ عَدْلٌ رِضًا مِنْ فَطِنٍ عَارِفٍ لاَ يُخْدَعُ مُعْتَمِدٍ عَلَى طُول عِشْرَةٍ لاَ سَمَاعٍ مِّنْ سُوقِهِ أَوْ مَحِلَّتِهِ إلاَّ لِتَعَذُّرٍ وَوَجَبَ إنْ تَعَيَّنَ كَجَرْحٍ إنْ بَطَلَ حَق وَنُدِبَ تَزْكِيَة سِرٍّ مَّعَهَا مِن مُّتَعَدِّدٍ وَإن لَّمْ يَعْرِفِ الاِسْمَ أَوْ لَمْ يَذْكُرِ السَّبَبَ بِخِلاَفِ الْجَرْحِ وَهْوَ مُقَدَّمٌ وَإنْ شَهِدَ ثَانِيًا فَفِي الاِكْتِفَاءِ بِالتَّزْكِيَةِ الأولَى تَرَدُّدٌ وَبِخِلاَفِهَا لأحَدِ وَلَدَيْهِ عَلَى الآخَرِ أَوْ أَبَوَيْهِ إن لَّمْ يَظْهَرْ مَيْلٌ لَهُ.

متن الحطاب

ص: [بأشهد[1347]] أنه عدل رضا ش:

فرع: ذكر الدماميني في حاشية البخاري في كتاب الشهادات في قوله لا نعلم إلا خيرا[1] إن هذا اللفظ لا يفيد التزكية، وإنما يكتب في التبرئة من التهم، فيقولون في عقد التبرئة لا يعلم شهوده على فلان إلا خيرا، ولا بد في هذه الشهادة من خبرته ومباطنته، وكذلك قوله لا أعلم له وارثا، وقوله لا أعلم له مالا. انتهى.

ص: كجرح إن بطل حق ش: وعكس هذه المسألة إن شهد الشاهد بحق وأنت تعلم جرحته فهل يجوز لك أن تجرحه؟ ذكر فيه ابن رشد في سماع ابن القاسم في رسم الشجرة، وفي سماع عيسى وفي سماع سحنون قولين ورجح أنه لا يشهد بجرحته.

ص: بخلاف الجرح ش:

مسألة: إذا قال أحد المجرحين في أحد الشاهدين هو كذاب وقال الآخر فيه هو آكل ربى فليس بتجريح حتى يجتمعا على شيء واحد، وإن قال أحدهما هو خائن، وقال الآخر يأكل أموال اليتامى فذلك تجريح لأنه معنى واحد، وقال أيضا: إذا جرحه أحدهما بمعنى وجرحه الآخر بمعنى آخر فذلك تجريح؛ لأنهما قد اتفقا على أنه رجل سوء. قال ابن حبيب: وسألته قبل ذلك عن تجريحهما إياه بأنه رجل غير مقبول الشهادة وقال[لم يسميا[1348]] بالجرحة، فقال هي جرحة ولا يكشف عن أكثر من هذا. انتهى من ابن سهل.

159 ص: وهو المقدم ش: قال في النوادر: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا عدل الشهود عنده ثم أتى من/ يجرحهم فإنه يسمع الجرحة فيهم أبدا ما لم يحكم، فإذا حكم لم ينظر في حالهم بجرحة ولا بعدالة في ذلك الحكم. انتهى من كتاب الأقضية الثاني وآخر ترجمة المحكوم عليه يجد بعد الحكم بينة أو منفعة من تجريح أو غيره، وقال في الطرر في ترجمة وثيقة بتجريح عداوة: ولابن الماجشون إن جرح رجلان عدلا ثم جاء المجرح بمن يعدله لم نقبله ولو [أتى[1349]] بألف عدل، وقاله أصبغ من رواية أبي زيد عنهما. انتهى. والظاهر أن هذا على سبيل المبالغة.

ص: وبخلافها لأحد ولديه على الآخر أو أبويه إن لم يظهر ميل له ش: هذا مخرج أيضا من عدم قبول شهادة متأكد القرابة فهو معطوف على خلاف من قوله: بخلاف أخ لأخ وأعاد العامل

الحديث

1- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الشهادات، رقم الحديث 2637.

1347 - في المطبوع فأشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص158 ويحيى ص78 و م ص56 ويم ص71 ومايابى121.

1348 - في المطبوع لا يسمى ومايابى122 ويحيى ص 78 ويم ص 72 و م ص56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص135.

1349 - ساقطة من المطبوع ويم ص72 و م ص56 وما بين المعقوفين من ن عدود ص159 ويحيى ص78 ومايابى122.

نص خليل وَلاَ عَدُوٌّ وَلَوْ عَلَى ابْنِهِ أَوْ مُسْلِمٍ وَكَافِرٍ.

متن الحطاب لطول الفصل، والضمير في بخلافها عائد إلى الشهادة، والمعنى أن شهادة الولد أو الوالدة لأحد ولديه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له، وكذلك شهادة الولد ذكرا كان أو أنثى لأحد أبويه على الآخر جائزة إن لم يظهر ميل للمشهود له، فقوله: "إن لم يظهر ميل" قيد في المسألتين، ومفهوم الشرط أنه إن ظهر ميل للمشهود له لم تجز الشهادة اتفاقا، وأما إن لم يظهر ميل فالذي رجحه ابن محرز واللخمي، ومشى عليه المصنف، وهو قول ابن القاسم قبول الشهادة؛ لأن الشاهد استوت حاله فيمن شهد له وعليه فصار كمن شهد لأجنبي، وقال سحنون لا تجوز شهادة الأب لابنه [على حال[1350]]، واشترط بعضهم في قبول هذه الشهادة التبريز، ولم يذكره المصنف، فإن ظهر الميل للمشهود عليه قال ابن الحاجب: فأولى بالجواز. قال في التوضيح: يريد على القول بالجواز ولا يريد أنه يتفق على الجواز؛ لأن سحنونا يمنع وإن شهد للأكبر على الأصغر [وللرشيد[1351]] على السفيه وللعاق على البار، وكأنه رآه حكما غير معلل، وأن المنع في ذلك للسنة. انتهى. وقال في الشامل: وإن ظهر ميل للمشهود عليه جازت على المشهور. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال ابن رشد: وإن شهد لأبيه على ولده أو لولده وليس في حجره [على أبيه[1352]] فيخرج على الخلاف في شهادته لأحد أبويه على الآخر، ولو شهد لأبيه على جده أو لولده على ولد ولده لانبغى أن لا تجوز اتفاقا، ولو كان على العكس لانبغى أن تجوز اتفاقا. انتهى./ 160

ص: ولا عدو ولو على ابنه ش: يريد إذا كانت العداوة بينة. قال في التوضيح: فإن قلت ما أفاد قوله -يعني ابن الحاجب- عكس القرابة قيل فائدتين: الأولى تقييد العداوة بالبينة كما قيد في القرابة تأكيد الشفقة. قال ابن كنانة في المجموعة: إن كانت الهجرة في أمر خفيف فشهادة أحدهما تقبل على الآخر، وأما المهاجرة الطويلة والعداوة البينة فلا تقبل. انتهى. ونقله ابن عرفة عن المازري، ونصه: المازري قال ابن كنانة: إن كانت العداوة خفية[1353] على أمر خفيف لم تبطل الشهادة. [انتهى.[1354]]

تنبيه: والعداوة المانعة هي العداوة بسبب أمر دنيوي. قال ابن الحاجب: وشرطها أن تكون عن أمر دنيوي من مال أو جاه أو منصب أو خصام وإن كان أصله [دينا[1355]] يتشوف به عادة إلى أذى يصيبه، وقوله ولو على ابنه مثله أبوه، كما صرح به في البيان. وكذا أمه. نقله ابن عرفة عن الشيخ، وتجوز على عدو أخيه في المال. نقله في رسم باع من سماع عيسى من كتاب الشهادات.

فرع: وتجوز على صبي أو سفيه في ولاية عدوه على الأصح.

الحديث ....

1350 - في المطبوع على كل حال وما بين المعقوفين من ن عدود ص159 ويحيى ص78 و م ص56 ويم ص72 ومايابى122.

1351 - في المطبوع والرشد وما بين المعقوفين من يحيى422 وسيد24 ومايابى122 وم56 ويم93.

1352 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص159 ويحيى ص78 و م ص56 ومايابى122.

1353 *- في يحيى423 وم56 ويم93 إن كانت العداوة خفيفة.

1354 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص160 ويحيى ص79 و م ص56 ويم ص72 ومايابى122.

1355 *- في المطبوع دنيا وما بين المعقوفين من يحيى 423 وسيد24 وم56 ومايابى122 والتوضيح، ج7 ص502، ط. مركز نجيبويه.

نص خليل

وَلْيُخْبِرْ بِهَا كَقَوْلِهِ بَعْدَهَا تَتَّهِمُنِي وَتُشَبِّهُنِي بِالْمَجَانِينِ مُخَاصِمًا لاَ شَاكِيًا وَاعْتَمَدَ فِي إعْسَارٍ بِصُحْبَةٍ وَقَرِينَةِ صَبْرِ ضَرٍّ كَضَرَرِ الزَّوْجَيْنِ وَلاَ إنْ حَرَصَ عَلَى إزَالَةِ نَقْصٍ.

متن الحطاب

فرع: من كان بينهما عداوة معلومة ثم اصطلحا جازت شهادة كل منهما على صاحبه إذا طال الأمر واستحق الصلح وظهرت براءتهما من دخل العداوة؛ لأنه يتهم إذا شهد بقرب صلحه أنه إنما صالحه ليشهد عليه. قاله في سماع أشهب، ونقله ابن عرفة، وقال في المسائل الملقوطة: مسألة قوم بينهم فتنة أو بين آبائهم وأجدادهم ثم اصطلحوا فلا يشهد بعضهم على بعض حتى ينقضي القرن الذين شاهدوا الفتنة. قاله مالك في أسئلة محمد بن سالم وفي النوادر، ومثله لابن العربي في الأحكام، واستدل بقوله تعالى: ﴿ قد بدت البغضاء من أفواههم وما تخفي صدورهم أكبر ﴾ من الأحكام من مسائل الحكام. انتهى.

ص: **وليخبر بها** ش: أي بالعداوة، والمسألة في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات وفي النوادر، ورجح ابن رشد القول بأنه لا يخبر بها، وانظر إذا كان الشاهد يعلم من نفسه الجرحة، والظاهر أنه لا يجوز له أن يذكر ذلك، وتقدم في باب الصوم أن مرجو الشهادة له أن يشهد وإن علم من نفسه الجرحة، وانظر أول رسم من سماع عيسى وسماع سحنون ونوازله والنوادر. والله أعلم.

مسألة: الشاهد يشهد بما لا يرى جوازه ذكرها في الواضحة، ونقلها ابن فرحون في الفصل الثامن في تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة، ونصه: وفي مختصر الواضحة فيمن عنده شهادة على شيء لا يعتقد جوازه. قال ابن عبدوس: سألت سحنونا عن الرجل تكون عنده الشهادة وهو ممن لا تجوز عنده والقاضي ممن يرى إجازتها، أترى على الشاهد أن يؤديها إلى القاضي قال: كيف هذه الشهادة؟ قلت: مثل أن يشهد على صداق على نكاح معجل في نكاح ومعه مؤجل لم يضرب له أجل. فقال ما أرى أن يشهد، فإن جهل الشاهد [وشهد[1356]] فينبغي للقاضي أن ينبهه على أنه لا ينبغي له أن يشهد في ذلك. انتهى.

ص: **واعتمد في إعسار بصحبة وقرينة صبر ضر كضرر أحد الزوجين** ش: يعني أن الشاهد في الإعسار وما أشبهه كالتعديل وضرر الزوجين يجوز له/ أن يعتمد فيما يشهد به على الظن القوي؛ لأنه المقدور على تحصيله غالبا، ولو لم يحكم بمقتضاه لزم تعطيل الحكم في التعديل والإعسار فيعتمد في الإعسار على الصحبة وصبره على الضرر، كالجوع ونحوه مما لا يكون إلا مع الفقر، فالباء في قوله [بصحبة[1357]] بمعنى على كقوله تعالى: ﴿ من إن تأمنه بقنطار ﴾ بدليل قوله تعالى: ﴿ هل آمنكم عليه ﴾ وقوله تعالى: ﴿ وإذا مروا بهم يتغامزون ﴾ بدليل ﴿ وإنكم لتمرون عليهم مصبحين ﴾

161

مسألة: لا يكلف الشهود من أين علموا ما شهدوا به. قال ابن سهل في كتاب الأقضية: فصل إذا شهدوا أنه كفء لليتيمة. قال ابن لبابة: الشهادة تامة وليس على القاضي أن يسألهم من أين علموا

الحديث ....

[1356] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص160 ويحيى ص79 ومايابى123.

[1357] *- في المطبوع بصحبته وما بين المعقوفين من سيد24 ويم93 ومايابى123.

نص خليل فِيمَا رُدَّ فِيهِ لِفِسْقٍ أَوْ صِبًا أَوْ رِقٍّ أَوْ عَلَى التَّأَسِّي كَشَهَادَةِ وَلَدِ الزِّنَا فِيهِ أَوْ مَنْ حُدَّ فِيمَا حُدَّ فِيهِ وَلاَ إِنْ حَرَصَ عَلَى الْقَبُولِ.

متن الحطاب ذلك. انتهى. وقال في كتاب الشهادات: قال محمد بن عبد الحكم: وإذا شهد شاهدان لفلان على فلان مائة دينار ولم يقولا أقر بذلك فلا تجوز شهادتهما؛ لأنهما حاكيان حتى يبينا ذلك، فيقولان أقر عندنا أو أسلفه. انتهى. ونقل ابن فرحون عن معين الحكام أن ظاهر كلام ابن الحارث خلاف ذلك، ونصه في معين الحكام: قال محمد بن حارث: إذا لم يبين الشهود وجه الحق الذي شهدوا فيه ولا فسروه فليس ذلك بشيء حتى يبينوا أصل الشهادة، وكيف كانت فيقولون أسلفه بمحضرنا [أو أقر عندنا المطلوب أنه أسلفه، وإن كان الدين من بيع فسروا ذلك وقالوا باع منه كذا بمحضرنا[1358]] أو بإقراره عندنا، وفي أحكام ابن سهل قال محمد بن عبد الحكم، وذكر كلامه المتقدم، ثم قال بعده: تنبيه: وفي معين الحكام: قال بعض المتأخرين: ظاهر هذا أنه إذا أقر عندهما بالدين مجملا ولم يذكر المقر وجهه وشهدوا به أنه يؤخذ بذلك، وظاهر ما قاله ابن حارث في هذه المسألة خلاف هذا حتى يشهد بإقراره بالسلف أو المعاملة.انتهى.

ص: **فيما رد فيه لفسق** ش: وكذلك جميع موانع الشهادة. قال ابن عرفة: قال المازري والشيخ لابن سحنون عن أبيه أجمع أصحابنا على أن الشهادة إذا ردت لظنة أو تهمة أو لمانع من قبولها ثم زالت التُّهْمَةُ أو الوجه المانع من قبولها أنها إذا أعيدت لم تقبل. انتهى. ونقله ابن عبد السلام، واحترز بقوله فيما رد فيه بما لو أدى الشهادة ولم ترد حتى زال المانع فإنها تقبل، لكن بشرط إعادتها بعد زوال المانع. قال في التوضيح: وكذلك لو قال القائم بشهادته للقاضي عندي فلان العبد أو الصغير أو النصراني فقال القاضي لا أجيز شهادة هؤلاء، فإن هذا ليس ردا لشهادتهم، وتقبل شهادتهم بعد ذلك؛ لأن كلامه إنما هو فتوى. قاله غير واحد، ونقله في الشامل.

ص: **أو على التأسي** ش: يعني أنه يتهم في أن يجعل غيره مثله؛ لأن المصيبة إذا عمت هانت وإذا ندرت هالت، ولهذا قال عثمان رضي الله عنه: ودت الزانية أن النساء كلهن يزنين. انتهى من التوضيح.

ص: **كشهادة ولد الزنا** ش: قال ابن عبد السلام: لما كان هذا الوصف لازما له لا ينفك عنه في طاعة ولا فسق اتفق المذهب على رد شهادته في ذلك. انتهى. وتبع في الاتفاق ابن الحاجب، وهذه طريقة المازري. قال ابن عرفة: وفي ولد الزنا طريقان. المازري: لم يختلف المذهب في رد شهادته في الزنا وقبولها فيما سوى ذلك مما لا تعلق له بالزنى، ثم ذكر الطريق الثانية، وعزاها لابن رشد، ونصه: شهادة ولد الزنا في الزنا وفي نفي الرجل عن أبيه جارية على الخلاف فيمن حد في شيء هل تجوز شهادته فيه أم لا؟ والمشهور من قول ابن القاسم أنها مردودة. انتهى. قال في التوضيح في هذا المحل: قال مطرف وابن الماجشون: وكذلك لا تقبل فيما يتعلق بالزنا كاللعان والقذف والمنبوذ.انتهى./ 162

ص: **أو من حد فيما حد فيه** ش: هذا هو المشهور، وصرح بمشهوريته ابن عبد السلام في الاستذكار.

الحديث ....

[1358] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص161 ويحيى ص79 و م ص57 ومايابى123.

نص خليل كَمُخَاصَمَةِ مَشْهُودٍ عَلَيْهِ مُطْلَقًا.

متن الحطاب نقله في التوضيح وابن عرفة، فعزو تشهيره لابن رشد قصور، وقال ابن عرفة: الشيخ عن الأخوين: المحدود في الزنا يتوب شهادته جائزة في كل شيء إلا في الزنا والقذف واللعان، وكذلك المنبوذ لا تجوز شهادته في شيء من وجوه الزنا لا قذف ولا غيره وإن كان عدلا، وفي نوازل سحنون من اقتص منه في جناية لم تجز شهادته في مثل الجرح الذي اقتص منه. ابن رشد: هذا شذوذ أغرق فيه في القياس.

قلت: للشيخ عن الواضحة قال الأخوان: من قتل عمدا فعفي عنه ثم حسنت حالته جازت شهادته إلا في القتل، وفي كتاب ابن سحنون قيل لابن كنانة من ضربه الإمام نكالا أينتظر في قبول شهادته توبته قال ليس ما ينكل به، سواء نكل ناس بالمدينة لهم حال حسنة لشيء أسرعوا فيه إلى ناس، وشهادتهم في ذلك تقبل ليس لأحد فيهم مغمز، ومن ليس بحسن الحال إلا أن شهادته تقبل وليس بمشهور العدالة يأتي بما فيه النكال الشديد فلينظر في هذا، وإنما يعرف هذا عند نزوله، وأما الشتم ونحوه وهو في غير ذلك يعرف بالصلاح فلا ترد شهادته. انتهى. والله أعلم.

ص: **كمخاصمة مشهود عليه مطلقا** ش: أي في حق الله أو في حق الآدمي، أما في حق الله كما لو تعلق أربعة برجل ورفعوه للقاضي وشهدوا عليه بالزنا، وأما في حق الآدمي فقال ابن عرفة: وقول ابن الحاجب: وفي القبول كمخاصمة المشهود عليه في حق الآدمي إن أراد بتوكيل من المشهود له فهو نقل الباجي عن ابن وهب: الوكيل على خصومة لا تجوز شهادته فيما يخاصم فيه، وإلا فهو أحرى في عدم القبول. انتهى. والظاهر أنه كذلك إذا خاصم بغير وكالة بل هو أظهر.

فرع: قال في النوادر في الجزء الثاني من كتاب الشهادات في الترجمة التي قبل ترجمة الرجل يشهد لنفسه ولغيره: ومن كتاب ابن المواز من وكل رجلا على طلب [رجل[1359]] في حق ثم عزله وتولى الطلب بنفسه فشهادة الوكيل له جائزة. انتهى.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلامه أن المخاصمة في حق الله تعالى مبطلة مطلقا، سواء كان مما يستدام فيه التحريم أو لا، وهو كذلك على ما قال بعض المتأخرين أنه مذهب ابن القاسم خلاف مذهب مطرف وابن الماجشون، وعند ابن رشد أن المخاصمة إنما تبطل ما لا يستدام فيه التحريم، وأما ما يستدام فيه التحريم فلا تبطله المخاصمة كما يأتي في كلامه، وظاهر كلام المازري فيما حكى عنه ابن عرفة الإطلاق ككلام المؤلف.

الثاني: ظاهر كلامه أيضا أن المخاصمة مطلقا في حقه تعالى مبطلة ولو كان القائم فيها من أصحاب الشرط الموكلين بتغيير المنكر وليس كذلك، بل هو مقيد بغيرهم كما سيأتي في كلام ابن رشد، ونصه: قال في رسم أوصى من سماع عيسى من كتاب الشهادات: وقال ابن القاسم في صاحب السوق أخذ سكرانا فسجنه وشهد عليه وآخر معه فقال: لا أرى أن تجوز شهادته؛ لأنه قد صار خصما حين سجنه ولو رفعه إلى غيره قبل أن يسجنه وشهد مع الرجل جازت شهادته عليه. قال محمد بن رشد:

الحديث ....

1359 - ساقطة من المطبوع ويم ص73 و م ص57 وما بين المعقوفين من ن عدود ص162 ويحيى ص80 ومايابى124.

نص خليل ....

متن الحطاب إنما جازت شهادته عليه وإن أخذه فرفعه ما لم يسجنه؛ لأن ما فعل من أخذه ورفعه لازم له من أجل أنه موكل بالمصلحة، ولو لم يكن صاحب السوق موكلا بالمصلحة فأخذ سكرانا فرفعه إلى غيره لم تجز شهادته عليه على ما قال في المسألة بعدها. وبالله التوفيق.

مسألة: وقال ابن القاسم في أربعة نفر شهدوا على رجل بالزنا فتعلقوا به فأتوا به إلى السلطان وشهدوا عليه قال لا أرى أن تجوز شهادتهم وأراهم قذفة، ورواها أصبغ في كتاب الحدود، وقال محمد بن رشد: إنما لم تجز شهادتهم لأن ما فعلوا من أخذه وتعلقهم به ورفعهم إياه إلى السلطان لا يلزمهم، ولا يجب عليهم بل هو مكروه لهم؛ لأن الإنسان مأمور بالستر على نفسه وغيره، قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله، فإنه من يبدلنا [صفحته[1360]] نقم عليه كتاب الله[1]} وقال لهزال {يا هزال/ لو سترته بردائك لكان خيرا لك[2]} فلما فعلوا ذلك 163 صاروا ظالمين له ومدعين الزنا عليه وقذفة له، فوجب عليهم الحد له، إلا أن يأتوا بأربعة شهداء سواهم على معاينة الفعل كالمرود في المكحلة، ولو كانوا أصحاب شرطة موكلين بتغيير المنكر ورفعه أو أحدهم فأخذوه أو أخذه [بعضهم[1361]] فجاؤا به فشهدوا عليه لقبلت شهادتهم؛ لأنهم فعلوا في أخذه ورفعه ما يلزمهم على قياس قوله في المسألة التي قبلها.

وفي الواضحة لمطرف وابن الماجشون وأصبغ: أنه إذا شهد أربعة بالزنا على رجل جازت شهادتهم وإن كانوا هم القائمين بذلك، مجتمعين جاؤا أو مفترقين إذا كان افتراقهم [قريبا[1362]] بعضه من بعض، ووجه ذلك أنه لما كان ما فعلوا من قيامهم عليه مباحا لهم -وإن كان الستر أفضل- لم يكونوا خصماء؛ إذ لم يقوموا لأنفسهم وإنما قاموا لله، وقد مضى هذا الاختلاف مجردا عن التوجيه في أول رسم من هذا السماع، ولو كانت الشهادة فيما يستدام فيه التحريم من حقوق الله كالطلاق والعتاق لجازت شهادتهما في ذلك وإن كانا هما القائمين بذلك؛ لأن القيام بذلك متعين عليهما، وقد قال بعض المتأخرين إن ذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم، وقوله في هذه المسألة [خلاف[1363]] لمطرف وابن الماجشون، ووجه ذلك [لأن[1364]] كل من قام في حق يريد إتمامه فهو يتهم أن يزيد في شهادته ليتم ما قام فيه وهو عندي بعيد. انتهى. وكررها في سماع أصبغ من كتاب الحدود والقذف، وذكر ابن رشد كلامه عليها بالحرف، وأشار إلى أنه قدمه غير أنه زاد بعد قوله في آخر الشرح وابن الماجشون لفظ وأصبغ وهو ظاهر، وقال بعده: ووجه ذلك بأن كل من قام إلى آخر ما تقدم فجعل وجه [فعلا[1365]] ماضيا مسندا إلى ضمير بعض المتأخرين. كذا رأيته هناك

الحديث

1 – موطأ مالك، كتاب الحدود، رقم الحديث 1562.

2 – بلغني أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل من أسلم يقال له هزال يا هزال لو سترته بردائك لكان خيرا لك، موطأ مالك، كتاب الحدود، رقم الحديث 1553.

[1360]– في المطبوع فضيحته وما بين المعقوفين من الموطأ، رقم الحديث 1562، ص444.

[1361]– ساقطة من المطبوع ويحيى ص80 ويم ص73 وم ص58 وما بين المعقوفين من الزايد ص163.

[1362] *– في المطبوع قريب والمثبت يحيى425 وم58 وميابى125 ويم94.

[1363] *– في المطبوع خلافا وما بين المعقوفين من البيان ج16 ص336.

[1364] *– في المطبوع ووجه ذلك أن وما بين المعقوفين من سيد24 ومايابى125 ويم94 وم58 ويحيى425.

[1365] *– في المطبوع فعل وما بين المعقوفين من سيد24 ويحيى425 ومايابى125 وم58 ويم94.

نص خليل ....

متن الحطاب مضبوطا بالقلم، ويدل عليه قوله بأن بإدخال الباء على أن بخلاف ما في هذا المحل، [فإن[1366]] وجه فيه مصدر [فيما[1367]] يظهر، ويدل عليه إدخال اللام على أن، والظاهر ما في الحدود فلعل ما هنا تصحيف من الناسخ. والله أعلم. وفي تعليله شيء فإنه في أول الكلام جعل فعلهم من الرفع وعدم الستر مكروها، ثم جعله مباحا، والمباح مباين للمكروه، ولعله أراد الجائز، فإنه يطلق على ما يشمل المكروه والمباح والمندوب والواجب كما تقدم أول الكتاب عن القرافي. قال ابن عرفة بعد أن ذكر كلام ابن رشد المتقدم في الكلام على العداوة: قلت: فشهادة من رفع من شهد عليه لأنه مولى على ذلك مقبولة، وفي غير المولى ثالثها إن كان فيما يستدام فيه التحريم، الأول للأخوين، الثاني لبعض المتأخرين على قياس قول ابن القاسم فيما لا يستدام تحريمه، الثالث لابن رشد محتجا بأن القيام به متعين. انتهى.

وقال ابن عرفة في هذا المحل: قال المازري: واختلف إذا قام الشهود وخاصموا في حقوق الله فأسقط ابن القاسم شهادتهم؛ لأن خصامهم علم على شدة الحرص على إنفاذ شهادتهم والحكم بها، وشدة الحرص قد تحمل على تحريفها أو زيادة فيها. قال مطرف: شهادتهم تلزمه لأنه في أمور الآخرة، وقد قدمنا أن العداوة في حق الله لا تؤثر في الشهادة، وذكر الباجي في قول محمد لا تجوز شهادة خصم ولا ظنين من قام يطلب حق الله لم تقبل شهادته فيه. قاله ابن القاسم في العتبية. وقال مطرف شهادته جائزة. انتهى.

قلت: ونحوه لابن رشد، وتقدم ذكر كلامه في ذكر الخصومة فجعل المازري المانع حرصه على القبول خلاف كونه الخصومة. انتهى. وقال ابن فرحون في الفصل الثالث من القسم الرابع من الركن السادس من الباب الخامس من القسم الأول: من كانت عنده شهادة فلا يحل له أن يكتمها، ويلزمه إذا دعي أن يقوم بها وإن لم يدع فهو على وجهين؛ إما أن يكون حقا لله، وإما أن يكون حقا لآدمي، فالأول على قسمين: ما لا يستدام [فيه التحريم،[1368]] وما يستدام فيه، فالأول كالزنا والشرب وشبهه فلا يضر ترك إخباره بالشهادة؛/ لأن ذلك ستر عليه، وأشار ابن رشد إلى أن هذا في حق من يندر منه، وأما من كثر منه فينبغي أن يشهد عليه، وإن علم الإمام بذلك فقد قال ابن القاسم في المجموعة: يكتمونه الشهادة، ولا يشهدوا بذلك إلا في تجريح إن شهد على أحد، والثاني كالعتق والطلاق والخلع والرضاع والعفو عن القصاص وتملك الأحباس والقناطر وشبهه، فيلزمه أن يخبر بشهادته ويقوم بها عند الحاكم، فإن لم يخبر بشهادته سقطت؛ لأن سكوته عن ذلك جرحة إلا أن يثبت أن لهم عذرا[1369] في عدم القيام. قال ابن عبد السلام: وظاهر كلام ابن رشد اختلف في تجريح الشاهد بذلك، واختلف في بطلان شهادته بالسكوت، فإن كان المنكر هو القائم عليه وهو القائم بالشهادة فاختلف هل تقبل شهادته أم لا؟ وذهب ابن القاسم إلى أنه لا تجوز شهادته إذا كان هو القائم بها، وذهب مطرف وابن

164

الحديث ....

[1366] *- في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من يحيى425 وسيد25 ويم94 ومايابى125.

[1367] *- في المطبوع مما وما بين المعقوفين من يحيى425 وسيد25 ويم94 ومايابى125 وم58.

[1368] *- في المطبوع فيه على التحريم وما بين المعقوفين من سيد25 ويحيى425 وم58 ويم95 ومايابى126.

[1369] *- في يم95 أن له عذرا ص164.

نص خليل ....

متن الحطاب الماجشون وأصبغ إلى أن شهادته جائزة، وكذلك الحكم لو كانوا جماعة هم القائمون عليه وهم الشهود. انتهى. وقال بعده: تنبيه يستثنى من ذلك مسألة صاحب الشرطة، وذكر مسألة البيان المتقدمة، وحاصل ما تقدم أن ما حكاه ابن رشد عن بعض المتأخرين الذي هو ظاهر كلام المؤلف هو ظاهر إطلاقات أهل المذهب، ولا شك في ظهور الفرق بين وجوب رفع الشهادة وسقوطها بكون الشاهد هو المدعي، فرفع الشهادة عند الحاكم والإخبار بها من غير مخاصمة فيما يستدام فيه التحريم واجب غير مسقط للشهادة، كما سيصرح به المصنف بقوله: "وفي محض حق الله تعالى تجب المبادرة بالإمكان إن استديم تحريمه" وأما إن كان الرافع هو المخاصم فتسقط الشهادة كما أطلقه هنا في قوله: "كمخاصمة مشهود عليه مطلقا" والله أعلم. وانظر الشفاء في الشهادة بشيء في حق الجناب العلي.

فرع: قال في الطرر في ترجمة عداوة: إذا قام أهل مسجد في حباسة مسجدهم أو حقه على رجل وشهدوا فيه وأنكر الرجل لم تجز شهادتهم عليه؛ لأنهم خصماؤه، فإن قام عليه منهم قائم وشهد غيره جازت شهادتهم؛ لأنهم ليسوا خصماء. انتهى.

فائدة: قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من ستر مسلما ستره الله يوم القيامة[1]} رواه مسلم في كتاب البر والصلة. قال في الإكمال: وهذا الستر في غير [المستهترين، [1370]] وأما المتكشفون [المسْتهْتِرونَ [1371]] الذين تقدم إليهم في الستر وستروا غير مرة فلم يدعوا وتمادوا فكشف أمرهم وقمع شرهم مماَ يجب؛ لأن كثرة الستر عليهم من المهاودة على معاصي الله ومصانعة أهلها، وهذا أيضا في ستر كشف معصية انقضت وفاتت، فأما إذا عرف انفراد رجل بعمل معصية أو اجتماعهم لذلك فليس الستر هاهنا السكوت على ذلك وتركهم وإياها بل يتعين على من عرف ذلك إذا أمكنه تنفيرهم عن ذلك بكل حال وتغييره، وإن لم يتفق له ذلك إلا بكشفه لمن يعينه أو السلطان، وأما إيضاح حال من يضطر إلى كشفه من الشهود والأمناء والمحدثين فبيان حالهم ممن يقبل منه، وينتفع به مما يجب على أهله، فأما الشاهد فعند طلب ذلك منه لتجريحه، أو إذا رأى حكما يقطع بشهادته وقد علم منه ما يسقطها فيجب رفعها، وأما في أصحاب الحديث وحملة العلم المقلدين [فيه [1372]] فيجب كشف أحوالهم السيئة لمن عرفها ممن يقلد في ذلك ويلتفت إلى قوله؛ لئلا يغتر بهم ويقلد في دين الله من لا يجب، على هذا اجتمع رأي الأئمة قديما وحديثا، وليس الستر هاهنا بمرغب فيه ولا مباح، وليس في الحديث ما يدل على الإثم في كشفه ورفعه إلى السلطان، وإنما فيه الترغيب على ستره، ولا خلاف أن رفعه له وكشفه لمعصية الله مباح له غير مكروه ولا ممنوع، إن كانت له نية من أجل عصيانه لله ولم يقصد كشف ستره والانتقام منه مجردا فهذا يكره له. اهـ. والظاهر أنه يحرم بهذا القصد لقوله

الحديث 1 – المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب المظالم، رقم الحديث 2442.

– المسلم اخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه من كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فرج الله عنه بها كربة من كرب يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة، صحيح مسلم، كتاب البر والصلة، رقم الحديث 2580.

1370 *– في المطبوع المشتهرين وما بين المعقوفين من الاكمال ج8 ص49.

1371 *– في المطبوع المشتهرون وما بين المعقوفين من الاكمال ج8 ص49.

1372 *– ساقطة من المطبوع وقد وردت في الإكمال، ج8 ص49 وم58.

نص خليل أَوْ شَهِدَ وَحَلَفَ أَوْ رَفَعَ قَبْلَ الطَّلَبِ فِي مَحْضِ حَقِّ الآدَمِيِّ.

متن الحطاب تعالى: ﴿ إن الذين يحبون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم ﴾ والظاهر أيضا أن الستر إذا خلا عن القيود التي ذكرها أولا يكون مندوبا إليه للحديث المتقدم، وأنه يكره الرفع. والله أعلم./ 165

فرع: قال في النوادر: قال ابن وهب عن مالك: الجار يظهر شرب الخمر وغيره فليتقدم إليه وينهه، فإن انتهى وإلا رفع أمره إلى الإمام، والشرطي يأتيه رجل يدعوه إلى ناس في بيت على شراب قال: أما البيت الذي لم يعلم ذلك منه فلا يتبعه، وإن كان بيتا معلوما بالسوء قد تقدم إليه فيه فليتبعه الشرطي. انتهى من الترجمة الثانية من كتاب الشهادات.

ص: أو شهد وحلف ش: قال ابن عبد السلام: إلا أن يكون الشاهد من جهلة العوام فإنهم يتسامحون في مثل ذلك، فينبغي عندي أن يعذروا به، فإن قلت هذا الوجه من الحرص لا يدل على ضعف في الشهادة، ألا ترى أنه قد جاء في كتاب الله ﴿ فيقسمان بالله ﴾ ، وعلى ما جاء في حديث أبي موسى الأشعري. قلت: قد قيل إن الحكم منسوخ، وبتقدير كونه محكما فالشهود لم يبدؤا باليمين وإنما طلبت منهم فلا يضر. انتهى.

وقال ابن حجر في شرح البخاري في كتاب الشهادات: قال ابن بطال في قوله عليه الصلاة والسلام: {تسبق شهادة أحدهم يمينه[1]} يستدل به على أن الحلف في الشهادة يبطلها. قال: وحكى ابن شعبان في الزاهي من قال أشهد بالله أن لفلان على فلان كذا لم تقبل شهادته؛ لأنه [حلف وليس[1373]] بشهادة. قال ابن بطال: والمعروف عن مالك خلافه. انتهى.

ص: أو رفع قبل الطلب في محض حق الآدمي ش: قال في التوضيح: نعم قال علماؤنا يجب عليه أن يعلم صاحبه به إن كان حاضرا، فإن لم يفعل فروى عيسى عن ابن القاسم ذلك مبطل لشهادته، قال الاخوان إلا أن يعلم صاحب الحق بعلمهم، وجعله ابن رشد تفسيرا، وقال سحنون: لا يكون ذلك جرحة إلا في حق الله تعالى؛ لأن صاحب الحق إن كان حاضرا فقد ترك حقه، وإن كان غائبا فليس للشاهد شهادة، ويلزم على هذا التعليل أنه إذا كان حاضرا لا يعلم أن تلك الرباع له مثل أن يكون أبوه أعارها أو أكراها لمن هي بيده فباعها الذي هي بيده والولد لا يعلم أنها لأبيه أن على الشاهد أن يعلم بذلك، وإلا بطلت شهادته. الباجي: وعندي أن ذلك إنما يكون جرحة إذا علم أنه إن كتم ولم يعلم بشهادته بطل الحق أو دخل بذلك مضرة أو معرة وأما على غير ذلك فلا يلزم القيام بها؛ لأنه لا يدري لعل صاحب الحق، تركه.انتهى. قال ابن عبد السلام: وينبغي لهذا الشاهد أن ينكر على المتصرف في مال غيره، وروي من حديث عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {من كانت عنده شهادة فلا يقل لا أخبر بها إلا عند الحاكم، ولكن ليخبر بها لعله يرجع أو يرعوي[2]}

الحديث [1] – عن عبد الله رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال خير الناس قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيئ أقوام تسبق شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته، البخاري في الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2652.

[2] – البيهقي، دار الفكر، ج10 ص159.

[1373] *– في المطبوع حلاف وليست وما بين المعقوفين من فتح الباري، ج5 ص261.

نص خليل وَفِي مَحْضِ حَقِّ اللهِ تَجِبُ الْمُبَادَرَةُ بِالإِمْكَانِ إن اسْتُدِيمَ تَحْرِيمُهُ كَعِتْقٍ وَطَلاَقٍ وَوَقْفٍ وَرَضَاعٍ وَإِلاَّ خُيِّرَ كَالزِّنَا بِخِلاَفِ الْحِرْصِ عَلَى التَّحَمُّلِ كَالْمُخْتَفِي وَلاَ إنْ اسْتُبْعِدَ كَبَدَوِيٍّ لِحَضَرِيٍّ بِخِلاَفِ إنْ سَمِعَهُ أَوْ مَرَّ بِهِ وَلاَ سَائِلٍ فِي كَثِيرٍ بِخِلاَفِ مَن لَّمْ يَسْأَلْ أَوْ يَسْأَل الأَعْيَانَ.

متن الحطاب وقال ابن عرفة: [مال[1374]] الحاضر تبطل الشهادة بترك إعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان. قلت: إلا أن يكون ربها [ممن[1375]] هو إلى نظر السلطان كاليتيم المهمل. انتهى.

ص: وفي محض حق الله تجب المبادرة الخ ش: قال ابن عبد السلام: إن كان هناك غيره ممن يتم الحكم بشهادته فإنه يستحب له المبادرة تحصيلا لفرض الكفاية، فإن أبى غيره أو منعه من ذلك مانع تعين عليه القيام. انتهى.

ص: كعتق وطلاق ووقف ورضاع ش: نحوه لابن الحاجب. قال في التوضيح: قيد ابن شاس الوقف بأن يكون على غير معينين، وأطلق القول فيه الباجي/ وابن رشد. انتهى. وفي كون هذه الأشياء من محض حق الله تعالى عندي نظر. والله أعلم. 166

تنبيه: بهذا القسم والذي قبله اندفع التعارض بين قوله صلى الله عليه وسلم في معرض الذم: {ثم يكون قوم يشهدون ولا يستشهدون[1]} وقوله: {تبدر شهادة أحدهم يمينه ويمينه شهادته[2]} وبين قوله في معرض المدح: {ألا أخبركم بخير الشهداء الذي يأتي بشهادته قبل أن يسألها[3]} فحكم الأول على الأول، والثاني على الثاني. والله أعلم.

ص: وإلا خير كالزنا ش: تقدم في شرح قوله: "كمخاصمة مشهود عليه" أن الستر أولى/ والرفع مكروه، وهذا في حق من يندر منه، وأما في حق من يكثر ذلك منه فليرفعه، كما تقدم ذلك أيضا في كلام ابن فرحون وابن رشد والقاضي عياض، بل أول كلام عياض يقتضي أن الرفع واجب، وتقدم الكلام على ذلك بما فيه الكفاية. والله أعلم. 167

ص: بخلاف الحرص على التحمل ش: قال ابن الحاجب: [الحرص على الشهادة في التحمل كالمختفي ليتحملها لا يضر[1376]] على المشهور، وقال محمد: إذا لم يكن المشهود عليه مخدوعا أو خائفا. قال في التوضيح: وليس قول محمد تقييدا للمشهور، بل هو من تمامه، ففي الموازية: قال مالك في رجلين قعدا لرجل من وراء حجاب يشهدان عليه قال إن كان ضعيفا أو مخدوعا أو خائفا لم يلزمه

الحديث 1 – إن خيركم قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم قال عمران فلا أدري أقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد قرنه مرتين أو ثلاثة ثم يكون بعدهم قوم يشهدون ولا يستشهدون ويخونون ولا يُؤْتَمَنُونَ وينذرون ولا يوفون ويظهر فيهم السمن. مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث 2535.

2 – عن عبد الله قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الناس خير قال قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يجيء قوم تبدر شهادة أحدهم يمينه وتبدر يمينه شهادته، مسلم في صحيحه، كتاب فضائل الصحابة، رقم الحديث 2533.

3– مسلم في صحيحه، كتاب الأقضية، رقم الحديث 1719.

[1374] *– في المطبوع ابن عرفة حال الحاضر تبطل الشهادة بترك إعلام الحاضر بها لا بترك رفعها للسلطان قلت إلا أن يكون ربها من هو وفي يحيى426 وسيد25 ومايابى128 ويم95 وم59 وقال ابن عرفة مال الحاضر تبطل الشهادة وفي المواق ج6 ص165 ابن رشد الشهادة بمال الحاضر تبطل بترك اعلامه لا بترك رفعها للسلطان ص165. ولفظ ابن عرفة مخطوط جزء الشهادات ص51 والشهادات خمسة أقسام الأول بمال لحاضر تبطل بترك إعلامه لا بترك رفعها للسلطان قلت إلا أن يكون ربها من هو.

[1375] – في المطبوع ومايابى128 ويحيى ص82 ويم ص74 وم ص59 من وما بين المعقوفين من ن عدود ص165.

[1376] – في المطبوع قال ابن الحاجب ففي التحمل كالمختفى فتحملها لا يضر كالمختفي على وما بين المعقوفين من ن الزايد ص167 ويحيى ص82 وم ص59 ويم ص74. بأن أشار فوقه بعين.

نص خليل وَلاَ إنْ جَرَّ بهَا نَفْعًا.

متن الحطاب ويحلف ما أقر إلا بما ذكر، وإن كان على غير ذلك لزمه، ولعله يقر خاليا ويأبى من البينة فهذا يلزمه ما سمع منه قيل فرجل لا يقر إلا خاليا أقعد له بموضع لا يعلم للشهادة عليه. قال لو أعلم أنك تستوعب أمرهما، ولكني أخاف أن تسمع جوابه لسؤاله، ولعله يقول له في سر إن جئتك بكذا ما الذي لي عليك فيقول [لك[1377]] عندي كذا فإن قدرت أن تحيط بسرهم فجائز. انتهى. وقال ابن عرفة عن ابن رشد: شهادة المختفي لا خفاء في ردها، على القول بلغو الشهادة على إقرار المقر دون قوله اشهدوا علي، وإنما اختلفوا فيها، فمنهم من أجاز ذلك فمنعها سحنون مطلقا، ومنهم من كره له الاختفاء لتحملها وقبولها إن شهد بها وهم الأكثر، وهو ظاهر قول عيسى هنا خلاف قول ابن القاسم في تفرقته بين من يخشى أن يخدع لضعفه وجهله وبين من يؤمن ذلك منه، ولو أنكر الضعيف الجاهل الإقرار جملة لزمته الشهادة عليه، وإنما يصدق فيه مع يمينه إذا قال إنما أقررت لوجه كذا مما يشبه. انتهى. ودل/ المشهور هنا على أنه ليس من شرط صحة الشهادة قول المقر [للشاهد[1378]] اشهد عليَّ. ابن عبد السلام: وفي ذلك قولان، وذكر ابن رشد في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الشهادات القولين، وذكر أن القول بجوازها قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة وقول أشهب وسحنون وعيسى بن دينار وكافة أصحاب مالك. انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري: فإذا صرح المقر بالإشهاد فالأحسن أن يكتب الشاهد أشهدني بذلك فشهدت عليه به حتى يخلص الخصم من الخلاف. انتهى. وانظر آخر سماع أبي زيد من كتاب الشهادات. 168

تنبيه: قال ابن عرفة: وجعل المازري ومن تبعه علة رد شهادة المختفي الحرص على التحمل بعيد فتأمله. انتهى.

ص: ولا إن جر بها ش: يعني أن شهادة الشاهد إذا كانت تجر له نفعا فلا تجوز وهذا ظاهر.

فرع: قال في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل شهد على رجل أنه حلف بطلاق امرأته في حق له عليه ليدفعنه إليه فحنث. فقال: ما هو بجائز الشهادة عليه. قال ابن رشد: ليس إسقاط شهادته في هذا ببين، وكان الأظهر أن تجوز شهادته عليه أنه قد حنث؛ لأن وقوع الطلاق عليه لا يدعوه إلى أن يعجل حقه، وإنما يدعوه [إلى ذلك اليمين[1379]] بالطلاق ليقضينه إلى أجل مخافة أن يقع عليه الطلاق إن لم يقضه قبل الأجل، [لكنه[1380]] لما كان لو شهد عليه بذلك قبل أن يحنث والحق عليه لم يدفعه لم تجز شهادته عليه؛ لاتهامه أن يكون إنما شهد عليه ليعجل له القضاء ولا يحنث لم تجز شهادته عليه إذا شهد عليه أنه قد حنث لاحتمال أن يكون قد ادعى ذلك عليه قبل الحنث فأراد أن يحقق دعواه عليه قبل الحنث لشهادته عليه بعد الحنث وهو ضعيف. انتهى. والله أعلم. ولم يذكر في ذلك خلافا وإنما ذكر ما ذكره على سبيل

الحديث ....

[1377] – في المطبوع له وما بين المعقوفين من ن ذي ص167 ويحيى ص83 و م ص59 ويم ص74 ومايابى128.

[1378] – في المطبوع للشهادة وما بين المعقوفين من ن ذي ص168 ويحيى427 ومايابى128 ويم96 وم59.

[1379] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن الزايد ص168 و م ص59 ويم ص75 ومايابى129.

[1380] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص168 ويحيى ص83 و م ص59 ويم ص75 ومايابى129.

نص خليل ....

متن الحطاب البحث، وقد نقل في النوادر في كتاب الشهادات في أول الجزء الثاني من الشهادات في ترجمة شهادة الأجير والشريك والمقارض والغريم عن المجموعة في ذلك قولين، ونصه من المجموعة عن ابن القاسم: وإذا غرم الحميل ما تحمل به ثم قدم المطلوب فأنكر الحمالة فشهد الغريم على الحمالة فلا تجوز، وكذلك من حلف لغريمه بالعتق ليقضينه إلى أجل فحنث فقام رفيقه فشهد لهم الطالب بالحنث فلا تجوز شهادته، ورواه أشهب عن مالك فيه وفي العتبية، وقال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون إن شهادته تجوز قبض منه حقه أو لم يقبض إذ لا يجر بها إلى نفسه شيئا، وقاله أصبغ. انتهى. وقال قبل هذا في ترجمة ما يلزم الرجل أن يشهد به مما علمه من الجزء الأول من الشهادات: قال مالك فيمن سمع رجلا حنث في طلاق ولا يشهد عليه [بذلك غيره[1381]] قال: فليرفعه إلى السلطان، وكذلك لو حنث بذلك في حق الشاهد عليه فليرفع ذلك حتى يكون السلطان ينظر في أمره، يريد لا تجوز شهادته في حنثه في دينه عليه، وقد ذكرها بعد هذا. انتهى. وقد ذكر ابن بطال في مقنعه بلفظ لا تجوز شهادته في حنثه في دينه، وانظر كلام ابن رشد في شرح المسألة الثامنة من رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق من البيان، وانظر كلام البرزلي في مسائل الأيمان في مسألة من حلف بالحلال عليه حرام لا أشتري منه غلة زيتون أبدا ثم اشتراها بعد سنين، وشهد عليه البائع فإنه قال: الصواب أنه لا يحنث بشهادته؛ لأنه يتهم أنه أراد فسخ صفقته.

فرع: قال في الذخيرة في باب الشهادة عن الموازية: إذا قال حبست على أهل الحاجة من قرابتي حبسا فشهد فيه منهم أهل الغنى، فإن كان الحبس يسيرا بحيث لا ينفع هؤلاء إن احتاجوا قبلت شهادتهم وإلا ردت. انتهى من الباب الثامن في آخر المانع الثالث. والله أعلم. وأصله في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب الشهادات في ترجمة الرجل يشهد/ لغيره ولنفسه، نقل عن ابن سحنون أنه قال سمعت بعض أصحابنا سئل عن ذلك فأجاب بما ذكره، وفي رسم الوصايا من سماع أصبغ من كتاب الشهادات نحوه، وقبله ابن رشد ولم يتكلم عليه، بل قال: هذه مسألة صحيحة بينة. 169

فرع: قال في النوادر في الترجمة المذكورة من النوادر ومن العتبية: روى عيسى عن ابن القاسم فيمن له قبل رجلين حق، وأيهما شاء أخذه بحقه فأقر أنه قبضه من أحدهما والآخر يقول أنا دفعته إليه فشهادة القابض للدافع هاهنا جائزة؛ إذ ليس له عليهما شيء يجر به إلى نفسه شيئا. انتهى. ووقعت مسألة وهي أن رجلا شهد على حاكم بثبوت وقف عنده، والحالة أن الرجل المذكور ليس له الآن استحقاق في الوقف حال أداء الشهادة، وإنما يؤول إليه بمقتضى ما رتبه الواقف فهل تقبل شهادته في ذلك؟ فأجاب بعضهم بأنه إن كان لا يحصل له انتفاع بهذا الشيء الموقوف إذا صار من أهله بأن يكون الوقف يسيرا قبلت شهادته، وإلا ردت قياسا على الفرع المتقدم وهو ظاهر، والمسألة في سماع أصبغ من الشهادات وهي المسألة الثانية، وهي أيضا في النوادر. والله أعلم.

الحديث ....

[1381] *- في المطبوع بذلك عليه غيره وما بين المعقوفين من يحيى427 ويم96 ومايابى129 وم59.

نص خليل كَعَلَى مُوَرِّثِهِ الْمُحْصَنِ بِالزِّنَا أَوْ قَتْلِ الْعَمْدِ إِلاَّ الْفَقِيرَ أَوْ بِعِتْقِ مَنْ يُتَّهَمُ فِي وِلاَئِهِ.

متن الحطاب **مسألة:** إذا شهد الشاهدان على حكم قاض عزل أو مات وقالا كان القاضي حكم بشهادتنا فهل تبطل شهادتهما على الحكم وعلى أصل الشهادة أو تجوز على الحكم أو لا تجوز على الحكم، وتجوز على أصل الشهادة؟ ثلاثة أقوال أظهرها رواية يحيى أن الشهادة على الحكم جائزة، ولا يضرهما ما ذكراه. قاله ابن رشد في رسم كراء الدور من سماع يحيى من الشهادات.

مسألة: إذا شهد شاهد بطلاق امرأة من زوجها فأثبت زوجها أنه كان يخطبها فهل تسقط بذلك شهادته ولا يلزم الزوج يمين؟ قولان حكاهما في النوادر.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: يجوز قبول أخبار رسول الله صلى الله عليه وسلم من الراوي لها العدل وإن كان جر لنفسه بذلك نفعا أو ولده، أو ساق بذلك مضرة لعدوه كإخباره عن الخوارج. انتهى.

مسألة: من شهد شهادة تؤدي إلى رقه فقال أصبغ في نوازله إنها لا تجوز، ونصه: وسمعته أي أصبغ سئل عن رجل أعتق عبدين له فشهدا بعد عتقهما أن الذي أعتقهما غصبهما من رجل مع مائة دينار أن شهادتهما تجوز في المائة ولا تجوز في غصبه رقابهما؛ لأنهما يتهمان أن يريدا إرقاق أنفسهما، ولا يجوز لحر أن يرق نفسه.

قال ابن رشد: ولسحنون في كتاب ابنه لا تجوز شهادتهما ولا في المائة، وهو الأظهر لأن الشهادة إذا رد بعضها للتهمة ردت كلها، بخلاف إذا رد بعضها للسنة، والمشهور إذا رد بعض الشهادة للتهمة أن ترد كلها، وقيل إنه يرد ما لا تهمة فيه، وهو قول أصبغ هذا، والمشهور إذا رد بعض الشهادة للسنة كشهادة رجل واحد أو امرأتين في وصية فيها عتق ومال أن يجوز منها ما أجازته السنة، وهو الشهادة بالمال، فيثبت بالشاهد مع اليمين أو بشهادة المرأتين مع يمين، وقيل يبطل الجميع، لأنه لما رد بعضها وجب ردها كلها، وذلك قائم من المدونة، وحكاه البرقي عن أشهب وجميع جلسائه. انتهى مختصرا. وذكر هذه المسألة في نوازل أصبغ في ثلاثة مواضع، وفي مسائل الأقضية من البرزلي من ذلك مسائل، وذكر في نوازل أصبغ أيضا مسألة من شهد شهادة تؤدي إلى حده أنه تسقط شهادته ويحدكما إذا شهد شاهدان أن رجلا طلق امرأته ألبتة، وأنهما رأياه بعد ذلك يزني بها كالمرود في المكحلة، وقال ابن الماجشون: الحد ساقط عنهما لسقوط شهادتهما في الطلاق، وقال سحنون: الشهادة ساقطة ولا حد عليهما.

قال ابن رشد: وقيل يلزمه الطلاق ويحدان، وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك، وقول أصبغ في إيجاب الحد على الشاهدين وإن سقطت شهادتهما في الطلاق أظهر من قول ابن الماجشون وسحنون. انتهى. وانظر توجيه الأقوال فيه. والله أعلم. / 170

ص: كعلى مورثه المحصن بالزنا ش: قال ابن رشد في أول سماع سحنون من كتاب الشهادات: وإذا سقطت شهادتهم بأي وجه سقطت وجب الحد عليهم، وقد قال سحنون: إذا سقطت شهادتهم بالظنة، ولا فرق بين أن تسقط بالظنة أو بالجرحة. انتهى.

ص: أو بدين لمدينه ش: يعني أن شهادة رب الدين للمديان بدين له على شخص آخر لا تجوز لأنه يتهم أن يكون شهد له بذلك ليقضيه منه.

الحديث ....

نص خليل أَوْ بِدَيْنٍ لِمَدِينِهِ بِخِلاَفِ الْمُنْفِقِ لِلْمُنْفَقِ عَلَيْهِ وَشَهَادَةِ كُلٍّ لِلآخَرِ وَإِنْ بِالْمَجْلِسِ وَالْقَافِلَةِ بَعْضِهِمْ لِبَعْضٍ فِي حِرَابَةٍ لاَ الْمَجْلُوبِينَ إلاَّ كَعِشْرِينَ.

متن الحطاب **تنبيهات: الأول:** قيد رحمه الله المسألة بكون رب الدين شهد للمديان بدين، ولا خصوصية للدين، وفرضها في التوضيح فيما إذا شهد له بمال، ويدخل فيه ما إذا شهد له بقضاء دين عليه؛ فإنها شهادة بمال، وهو ظاهر الرواية كما سيأتي.

الثاني: أطلق رحمه الله في رد شهادته، ولم يفرق بين أن يكون المديان مليا أو معسرا، وتبع في ذلك ابن الحاجب، وعلى ذلك اقتصر ابن فرحون في تبصرته، وذكر في التوضيح في ذلك ثلاثة أقوال: الأول رد شهادته مطلقا، وهو مذهب ابن القاسم. الثاني إجازتها له وإن كان معدما، وعزاه لأشهب. الثالث التفرقة بين أن يكون المديان معدما فتمنع الشهادة، وبين أن يكون مليئا فتجوز، وتبع المصنف في حكاية هذه الأقوال ابن عبد السلام، وتبعهما صاحب الشامل فقال: ولو شهد رب دين لمديانه بطلت على الأصح، وثالثها إن كان معسرا. انتهى. ونقل في البيان القول بجواز شهادته له مطلقا عن مالك من رواية ابن القاسم، وذكر عن ابن القاسم أنه بلغه عن مالك القول بالتفرقة بين المليء والمعدم، وجعله ابن رشد تفسيرا فقال في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: قال مالك: شهادة الرجل لرجل وللشاهد على المشهود له حق جائزة. ابن القاسم: بلغني عنه إن كان المشهود له موسرا قبلت، وإلا لم تقبل؛ لأنه إنما شهد لنفسه.

قال ابن رشد: ما بلغ ابن القاسم من تفرقة مالك بين كون المشهود له مليا أو معدما مفسر لما سمعه منه مجملا، وهذا إن كان الدين حالا، أو قرب الحلول، وإن بعد جازت شهادته كما لو كان مليا وشهادته له فيما عدا الأموال جائزة. قاله بعض أهل النظر وهو صحيح. انتهى باختصار ابن عرفة. وعلى كلام ابن رشد هذا اقتصر ابن عرفة، ولم يحك فيه خلافا فتأمله. فإنه مخالف لما نقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم من رد شهادته مطلقا، وأيضا فقد نقل ابن عبد السلام والمصنف القول بالتفرقة عن بعضهم، وجعلوه خلافا، ونقله في البيان عن مالك من رواية ابن القاسم/ وجعله تفسيرا، وهذا هو الظاهر من المذهب، ولذلك اعتمده ابن عرفة فاقتصر عليه، وكذلك القرافي في الذخيرة. 171

الثالث: أطلق المصنف في رد الشهادة، وتقدم في كلام ابن رشد تقييد المسألة بحلول الدين أو قرب حلوله. والله أعلم.

ص: **بخلاف المنفق للمنفق عليه** ش: تصوره ظاهر، وأما عكسه وهو شهادة المنفق عليه للمنفق فإنها لا تجوز له كما [نقله[1382]] الشارح عن المدونة، ونقل في المسائل الملقوطة أنها جائزة إذا كان مبرزا في العدالة، ونصه: فيما يشترط فيه التبريز شهادة الصناع لمن يكثر استعمالهم للتهمة في جر أعمالهم لهم وتوقيفها عليهم، وزاد أيضا الشهادة للصانع إذا كان مثله يرغب في عمله ولا عوض منه، وزاد أيضا المنفق عليه للمنفق. انتهى من المتيطية ومعين الحكام وابن راشد. اهـ كلامه. ولعل صوابه./ المنفق للمنفق عليه؛ أعني الصورة الأولى التي في كلام المصنف، وإلا فهو مشكل. والله أعلم 172

الحديث ....

[1382] *- في المطبوع نقلها و يحيى421 وم60 ويم97 وميابى131.

نص خليل

وَلاَ مَنْ شَهِدَ لَهُ بِكَثِيرٍ وَلِغَيْرِهِ بِوَصِيَّةٍ وَإِلاَّ قُبِلَ لَهُمَا وَلاَ إِنْ دَفَعَ كَشَهَادَةِ بَعْضِ الْعَاقِلَةِ بِفِسْقِ شُهُودِ الْقَتْلِ أَوِ الْمُدَانِ الْمُعْسِرِ لِرَبِّهِ وَلاَ مُفْتٍ عَلَى مُسْتَفْتِيهِ إِنْ كَانَ مِمَّا يُنَوَّى فِيهِ وَإِلاَّ رَفَعَ وَلاَ إِنْ شَهِدَ بِاسْتِحْقَاقٍ وَقَالَ أَنَا بِعْتُهُ لَهُ وَلاَ إِنْ حَدَثَ فِسْقٌ بَعْدَ الأَدَاءِ بِخِلاَفِ تُهْمَةِ جَرٍّ وَدَفْعٍ وَعَدَاوَةٍ وَلاَ عَالِمٍ عَلَى مِثْلِهِ.

متن الحطاب

ص: ولا من شهد له بكثير ولغيره بوصية وإلا قبل لهما ش: تصوره ظاهر.

مسألة: وأما شهادة الوصي على الميت أوله فقال في كتاب الشهادات من المدونة: وتجوز شهادة الوصيين أو الوارثين بدين على الميت. ابن يونس: مع يمين الطالب أنه ما قبض منه شيئا ولا سقط عنه بوجه ما. اهـ. ثم قال في المدونة: ولا تجوز شهادة الوصي بدين للميت إلا أن يكون الورثة كبارا، وهم بحال الرشد يلون أنفسهم ولا يتهم على قبض لهم فتجوز. انتهى. وفي المقرب: وشهادة الوصي على الميت جائزة، وإن شهد بدين للميت على أحد لم تجز شهادته لأنه يجر إلى نفسه، إلا أن تكون الورثة كلهم كبارا مرضيين، ولا يجر بشهادته إلى نفسه شيئا فشهادته جائزة، وقال مالك وإن شهد أوصياء ميت أن الميت أوصى لفلان جازت شهادتهم، وقال غيره وهذا إذا ادعى ذلك فلان ولم يكن لهما فيما شهدا به شيء يجرانه إلى أنفسهما، وكذلك شهادة الوارثين في مثل هذا، إذا شهدا أن الميت أوصى لفلان فشهادتهما في ذلك جائزة، إذا لم يجرا بها شيئا إلى أنفسهما. اهـ من كتاب الشهادات.

ص: ولا إن شهد باستحقاق وقال أنا بعته له ش: قال في النوادر في أوائل الجزء الثاني من كتاب الشهادات في آخر ترجمة الرجل يشهد لغيره ولنفسه ما نصه: سئلت عمن شهد لرجل استحق ثوبا أنه له بعته أنا منه؟ فأجبت بأنه لا تجوز شهادته؛ لأن من شهد له بشيء أنه ملكه بشرائه إياه من فلان فلا تتم فيه الشهادة حتى يقولوا إن فلانا البائع علمنا أنه يملكه، أو يحوزه حيازة المالك حتى باعه من هذا فهذا الشاهد البائع لم يثبت ملكه للثوب إلا بقوله. انتهى./ 173

فرع: قال في الترجمة المذكورة: ومن كتاب ابن سحنون عن أبيه وإن شهد رجل لرجل في سهم في شرب عين أو نهر أو [حق في أرض[1383]] وكان أصل ذلك [كله[1384]] بينه وبينه فقاسمه، ثم شهد له الآن بملكه لذلك الذي صار له في القسمة من أصل عين أو أرض قال: شهادته له فيه جائزة. اهـ.

فرع: قال في الطرر في ترجمة استئجار راع لغنم بأعيانها في الراعي: إذا ادعى أن بعض الغنم التي يرعاها له أو لشخص، أنه لا يصدق فيما يدعيه لنفسه، إلا أن يأتي بسبب يدل على صدقه فيحلف معه. قال: وأما إن أقر بشيء منها لغير الذي استأجره فهو شاهد له تقبل شهادته إن كان عدلا، وسواء كان يأوي الراعي إلى داره أو إلى دار الذي استأجره. انتهى آخره باللفظ. وتقدم بعضه عند قول المصنف في باب الإجارة: "وهو أمين".

ص: ولا عالم على مثله ش: قال ابن عرفة: فرع: قال في الطرر في ترجمة تقييد عداوة:

الحديث

....

1383 – في المطبوع حوائض وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النوادر ج8 ص330 وفي ن عدود ص173 حوائط وفي النسخ اليدوية أو حق أرض.

1384 – ساقطة من المطبوع ويحيى ص86 وما بين المعقوفين من ن عدود ص173 و م ص61 ويم ص76 ومايابى132.

نص خليل وَلاَ إِنْ أَخَذَ مِنَ الْعُمَّالِ أَوْ أَكَلَ عِنْدَهُمْ بِخِلاَفِ الْخُلَفَاءِ.

متن الحطاب [قال[1385]] بعض أهل الشورى إن شهادة أهل المذهب جائزة على جميع المسلمين؛ يريد أصحاب أبي حنيفة والشافعي وغيرهما، وقال في الاستغناء إن هذا إجماع./

174

ص: ولا إن أخذ من العمال أو أكل عندهم بخلاف الخلفاء ش: قال في آخر سماع سحنون من كتاب الشهادات في مسألة طويلة: سئل عنها سحنون وقد يكون الرجل يقبل صلة السلطان ويأكل طعامه وسلاطين هذا الزمان من قد علمت، أتراه بذلك مجرحا ساقط الشهادة؟ فإن قلت إن ذلك جرحة في شهادته فقد قبل جوائز السلطان من قد علمت من أئمة الهدى والعلم، وقد أخذ ابن عمر جوائز الحجاج والحجاج من قد علمت، وأخذ ابن شهاب جوائز عبد الملك بن مروان وغيره من الخلفاء، وأخذ مالك جوائز أبي جعفر، فإن قلت إنهم يأخذون ذلك على وجه الخوف فإن منهم من يأمن السلطان بترك الأخذ منه فلم [نر[1386]] إلا خيرا.

وقد ذكر أن أبا جعفر أمر لمالك بثلاث صرر دنانير فاتبعه الرسول بها، فسقطت منه صرة في الزحام، فلما أتاه بالصرتين سأله عن الثالثة فأنكر أن يكون أخذ غير الصرتين، فألزمه مالك بالثالثة، وألح عليه فيها حتى أتى بها بعض من وجدها فدفعها إليه، فمالك لم يفعل هذا إلا متطوعا، فإن رأيت طرح شهادة من أخذ من السلطان فجميع القضاة منه يرزقون وإياه يأكلون، فقال سحنون: من قبل جوائز السلطان ساقط الشهادة عندنا، وأما الأكل فمن كان ذلك منه الزلة والفلتة فغير مردود الشهادة، وأما المدمن الأكل فساقط الشهادة، وأما احتجاجك بقبول ابن شهاب ومالك لجوائز السلطان فقد قست بغير قياس، واحتججت بما لا يحتج به، من قبل أن قبول مالك لها من عند من تجري على يده الدواوين وهو أمير المؤمنين، وجوائز الخلفاء جائزة لا شك فيها على ما شرط مالك لإجماع الخلق على قبول العطاء من الخلفاء ممن يرضى به وممن لا يرضى به، ولم نعلم أحدا من أهل العلم أنكر أخذ العطاء من زمن معاوية إلى اليوم، وأما قولك في القضاة فإنما هم أجراء المسلمين آجروا أنفسهم فلهم أجرهم من بيت مال المسلمين.

175

وأما ما ذكرت عن ابن عمر فقد سمعت علي بن زياد ينكر/ ذلك على ابن عمر ويدفعه. قال ابن رشد: قول سحنون إن قبول الجوائز من العمال المضروب على أيديهم جرحة تسقط الشهادة والعدالة صحيح، ومعناه عندي إذا قبضوا ذلك من العمال على الجباية؛ لأنهم إنما جعل إليهم قبض الأموال وتحصيلها دون وضعها في وجوهها ومواضعها، وأما الأمراء الذين فوض إليهم الخليفة أو خليفة الخليفة قبض الأموال وجبايتها وتصريفها باجتهادهم كالحجاج وشبهه من الأمراء على البلاد المفوض جميع الأمور فيها إليهم فقبض الجوائز منهم كقبضها من الخلفاء، فإن صح أخذ ابن عمر جوائز الحجاج فهذا وجهه، ثم تكلم على حكم أخذ [القضاة[1387]] والحكام الارتزاق من العمال الذين فوض إليهم النظر في ذلك وضرب على أيديهم فيما سوى ذلك، وأجاز لهم أخذ ذلك منهم، ثم تكلم على حكم ما إذا كان المجبى حلالا أو حراما أو مشوبا بحلال وحرام، وأطال في ذلك فراجعه إن أردته. والله أعلم.

الحديث ....

[1385] – في المطبوع مال وما بين المعقوفين من ن عدود ص173 ويحيى ص86 و م ص61 ويم ص76 ومايابى132.

[1386] *– في يم97 ومايابى132 فلم ير إلا خيرا.

[1387] – في المطبوع القضاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص175 ويحيى ص86 و م ص61 ويم97 ومايابى133.

نص خليل وَلاَ إِنْ تَعَصَّبَ كَالرِّشْوَةِ وَتَلْقِينِ خَصْمٍ وَلَعْبِ نَيْرُوزٍ وَمَطْلٍ وَحَلِفٍ بِطَلاَقٍ وَعِتْقٍ.

متن الحطاب ص: ولاَ إن تعصب ش: قال ابن فرحون: من موانع الشهادة العصبية وهو أن يبغض الرجل الرجل لأنه من بني فلان أو من قبيلة كذا. انتهى.

ص: وتلقين خصم ش: قال ابن فرحون: ومن الموانع تلقين الخصم الخصومة فقيها كان أو غيره. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: لا تجوز شهادته فقيها كان أو غيره، ويضرب ويشهر في المجالس ويعرف به [ويسجل[1388]] عليه، وقد فعله بعض القضاة بقرطبة بكثير من الفقهاء بمشورة أهل العلم .انتهى.

ص: ومطل ش: قال في التوضيح في باب الحوالة: فرع: وإذا مطل الغني ردت شهادته عند سحنون؛ لأنه ظالم لا عند محمد بن عبد الحكم. خليل: والظاهر أن من علم من صاحب [الدين الاستحياء[1389]] في المطالبة أن ذلك كالمطل. والله أعلم. انتهى. وزاد أبو الحسن في القول الثاني ما لم تكن عادته. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: البخيل الذي ذمه الله ورسوله هو الذي لا يؤدي زكاة ماله، فمن أدى زكاة ماله فليس ببخيل ولا ترد شهادته، وقال بعض أصحابنا شهادة البخيل مردودة وإن كان مرضي الحال يؤدي زكاة ماله. انتهى. وقال ابن فرحون: قال ابن القاسم وقد اختلف في شهادة البخيل وإن كان يؤدي زكاته قال المازري: البخل منع الحقوق الواجبة، وأما منع ما لا يجب فالقدح به في الشهادة مفتقر إلى تفصيل يعرفه من يعرف الاستدلال بحركات الناس وطبائعهم وسيرهم في دينهم وصدقهم.انتهى.

ص: وحلف بطلاق وعتق ش: ظاهره أن مجرد الحلف بهما ولو مرة يكون جرحة، والذي ذكره في مختصر الواضحة في أوائل كتاب الأيمان أنه جرحة في حق من اعتاد الحلف بذلك [فيتعين أن يقيد ذلك بمن اعتاد الحلف بذلك[1390]] كما ذكره في الواضحة، وكما وقع ذلك في كلام صاحب النوادر واللخمي وابن رشد والمتيطي وغيرهم ناقلين له عن مطرف وابن الماجشون، وكلهم/ قبلوه، وقد نقلت كلامهم في الحاشية على رسالة ابن أبي زيد عند قول صاحب الرسالة ويؤدب من حلف بطلاق أو عتاق، وقال ابن فرحون: من الموانع اعتياد الحلف بالطلاق والعتاق. انتهى. فالجرحة إنما تكون لمن اعتاد ذلك. والله أعلم. 176

تنبيه: ذكر الشارح هنا حديث: {الطلاق والعتاق من أيمان الفساق[1]} وذكره الفاكهاني في شرح الرسالة عن ابن حبيب، وقال السخاوي في المقاصد الحسنة: لم أقف عليه، ولم يذكر ابن فرحون الحديث، ولم يذكره ابن حبيب في الواضحة في كتاب الأيمان.

الحديث 1 – أخرجه صاحب كشف الخفاء ومزيل الالباس بلفظ الطلاق يمين الفساق، رقم الحديث 1660، مؤسسة الرسالة 1997.

[1388] – في المطبوع ويحيى ص86 وسجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص175 و م ص61 ويم ص76 ومايابى133.

[1389] – في المطبوع الدين والاستحياء وما بين المعقوفين من ن عدود ص175 ويحيى ص87 و م ص61 ويم ص77 ومايابى133.

[1390] – ساقط من المطبوع ويم ص77 وما بين المعقوفين من ن عدود ص175 ويحيى ص87 ومايابى133.

نص خليل

وَبِمَجِي مَجْلِسِ الْقَاضِي ثَلاَثًا وَتِجَارَةٍ لأَرْضِ حَرْبٍ وَسُكْنَى مَغْصُوبَةٍ أَوْ مَعَ وَلَدٍ شِرِّيبٍ وَبِوَطْءِ مَنْ لاَ تُوطَأُ وَبِالْتِفَاتِهِ فِي الصَّلاَةِ وَبِاقْتِرَاضِهِ حِجَارَةً مِنَ الْمَسْجِدِ وَعَدَمِ إِحْكَامِ الْوُضُوءِ وَالْغُسْلِ وَالزَّكَاةِ لِمَنْ لَزِمَتْهُ وَبَيْعِ نَرْدٍ وَطُنْبُورٍ وَاسْتِحْلاَفِ أَبِيهِ وَقُدِحَ فِي الْمُتَوَسِّطِ بِكُلٍّ وَفِي الْمُبَرِّزِ بِعَدَاوَةٍ وَقَرَابَةٍ وَإِنْ بِدُونِهِ كَغَيْرِهِمَا عَلَى الْمُخْتَارِ وَزَوَالِ الْعَدَاوَةِ وَالْفِسْقِ بِمَا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ بِلاَ حَدٍّ وَمَنِ امْتَنَعَتْ لَهُ لَمْ يُزَكِّ شَاهِدَهُ وَيُجَرِّحْ شَاهِدًا عَلَيْهِ وَمَنِ امْتَنَعَتْ عَلَيْهِ فَالْعَكْسُ إِلاَّ الصِّبْيَانَ لاَ نِسَاءً فِي كَعُرْسٍ فِي جَرْحٍ أَوْ قَتْلٍ وَالشَّاهِدُ حُرٌّ مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ تَعَدَّدَ لَيْسَ بِعَدُوٍّ وَلاَ قَرِيبٍ وَلاَ خِلاَفَ بَيْنَهُمْ وَفُرْقَةَ إِلاَّ أَنْ يُشْهَدَ عَلَيْهِمْ قَبْلَهَا وَلَمْ يَحْضُرْ كَبِيرٌ أَوْ يُشْهَدْ عَلَيْهِ أَوْ لَهُ وَلاَ يَقْدَحُ رُجُوعُهُمْ وَلاَ تَجْرِيحُهُمْ.

متن الحطاب

ص: **وبمجيء مجلس القاضي ثلاثا بلا عذر** ش: لم يبين البساطي ولا الشارح في الوسط معنى قوله: "ثلاثا" هل ثلاث مرات في اليوم، أو ثلاثة أيام متواليات؟ وقال الشارح في الشرح الصغير: ثلاث مرات في اليوم، وربما فهم منه أن مجيئه ثلاثة أيام متواليات لا يقدح مع أنه قادح، فينبغي أن يفسر به كلام المؤلف ليدخل الأول من باب أحرى. قال ابن فرحون: ومن الموانع إتيان مجلس القاضي ثلاثة أيام متواليات من غير حاجة؛ لأن في ذلك إظهار منزلته عند القاضي، ويجعل ذلك مأكلة للناس، وينبغي للقاضي أن يمنعه من ذلك. انتهى. وقال في العارضة في كتاب الزكاة في كون الصحابة جلوسا حول النبي صلى الله عليه وسلم ما نصه: هذا يدل على جواز الجلوس للناس حول القاضي يسمعون قضاءه ويتعلمون أعماله، وقال الفقهاء لا يجلس حوله وذلك[1391] منقسم، أما من كان قصده التعلم ويظن ذلك فليقرب، ومن كانت إرادته الدنيا ليس العلم فليباعد، ومن كان قصده التعلم ويطوي في ذلك نيل معاش حلال فيمكن، وذلك بحسب ما يظهر للعالم القاضي من شمائل أو فراسة .انتهى.

177 ص: **وسكنى مغصوبة** ش: قال ابن فرحون: من الموانع أن يسكن في دار يعلم أن/ أصلها [مغصوبة[1392]]. انتهى. وقال ابنه ومن ذلك معاملة أهل الغصوب والسلف منهم، وقال بعده ومنه الطحن في الرحا المغصوبة إذا علم ذلك.انتهى.

ص: **والشاهد حر** ش: يريد محكوما بإسلامه كما قاله في الشامل وغيره.

ص: **ولم يحضر كبير** ش: أطلق رحمه الله في الكبير، فظاهره سواء كان الكبير ممن تجوز شهادته أو ممن لا تجوز شهادته، فيفهم منه أن علة عدم قبول شهادة الصبيان مع حضور الكبير إنما هو لأجل خوف التخبيب، وذلك أنه إذا حضر بينهم كبير تجوز شهادته فشهادتهم ساقطة على المشهور خلافا لسحنون. قال ابن الحاجب: ولا تقبل شهادتهم مع حضور كبير رجل أو امرأة. قال في التوضيح: لم يخالف في ذلك إلا سحنون في أحد قوليه. انتهى. واختلف في علة سقوط شهادتهم هل هو خوف التخبيب، أو للاستغناء بشهادة الكبير؟ ثم قال ابن الحاجب: فإن كان فاسقا أو عبدا أو

الحديث

....

[1391] *- في العارضة ج2 ص73 لا يجلس حوله أحد وذلك.

[1392] *- في مايابى134 يعلم أن أصلها مغصوب.

نص خليل ....

متن الحطاب 178 كافرا فقولان. قال في التوضيح: أي الكبير الحاضر إن كان ممن/ لا تجوز شهادته كالكافر والفاسق والعبد فقال مطرف وابن الماجشون وأصبغ لا يضر حضورهم بشهادة الصبيان. المازري: ولا خلاف منصوص فيه عندنا، وقاله سحنون في كتاب ابنه ثم توقف، فالقول بعدم الإجازة على هذا ليس بمنصوص، إلا أنه لازم على التعليل بالتخبيب بل التخبيب في حق هؤلاء أشد، والأول مبني على التعليل بارتفاع الضرورة بشهادة الكبير. انتهى. وتبعه على هذا في الشامل فقال ولا يضر رجوعهم بخلاف دخول كبير بينهم، خلافا لسحنون، إلا إن كان كافرا أو عبدا أو فاسقا على المنصوص. انتهى. فتبع صاحب الشامل المازري في أن القول بسقوط شهادتهم غير منصوص، وجعل الرجراجي القول الثاني منصوصا، ونصه: إذا حضر كبير فإن كان شاهدا عدلا فلا خلاف أن شهادة الصبيان ساقطة لوجود الكبير العدل، وإن كان ليس بعدل فالمذهب على قولين أحدهما أن شهادتهم جائزة، وهو قول ابن الماجشون وأصبغ، وروى ابن سحنون عن أبيه مثله، والثاني أن شهادتهم لا تجوز لحضور الكبير وإن كان ليس بعدل، وهو قول ابن سحنون في كتاب أبيه، وإن كان مشهودا عليه فلا تجوز شهادتهم عليه باتفاق، وكذا شهادتهم في الجراح أو في النفس إن كان عاش حتى يعرف ما هو فيه، وإن مات من ساعته جازت شهادتهم له. انتهى.

وصرح ابن يونس بالقول الثاني، ونصه بعد أن حكى قول مطرف وابن الماجشون وأصبغ: وهذا خلاف ما في كتاب ابن المواز لأنه قال فيه إنما يتقى من الكبير أن يعلمهم أو يخببهم، فلا تراعى في ذلك الجرحة. انتهى. ونقله أبو الحسن، وزاد فقال: حاصله قولان، فنظر مطرف ومن معه للضرورة، وإذا كان الكبير غير عدل لم ترتفع الضرورة، وانظر ابن المواز للتخبيب والتعليم وهو من غير العدل أكثر. انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: وتجوز شهادة الصبيان بعضهم على بعض في القتل والجرح ما لم يفترقوا أو يخببوا. قال الرجراجي: والتخبيب تعليم الخبث، وهو أن يدخل بينهم كبير أو كبار على وجه يمكنهم أن يلقنوهم الكذب ويصدونهم عما يحصل عندهم من يقين، أو يزينوا لهم الزيادة فيها والنقصان منها، فإذا كان ذلك لم تقبل وبطلت. انتهى. وقال ابن عرفة: شرط ابن الحاجب في شهادتهم كونها قبل تفرقهم. ابن عبد السلام: هذا مراد الفقهاء بقولهم ما لم يخببوا، فإن افتراقهم مظنة مخالطتهم من يلقنهم ما يبطل شهادتهم.

قلت: مقتضى قولها: تجوز شهادة الصبيان ما لم يفترقوا أو يخببوا مع اختصارها. أبو سعيد: كذلك أنهما غير مترادفين، وكذا لفظ اللخمي قبل تفرقهم وتخببهم. ثم قال الباجي: التخبيب أن يدخل بينهم كبير على وجه يمكنه أن يلقنهم. انتهى. وقال الجزولي في شرح قول الرسالة: أو يدخل بينهم كبير. قال أبو عمران: هذا تفسير لقول مالك أو يخببوا، ومنهم من قال قوله أو يدخل بينهم كبير بعد المعركة وقبل الافتراق، وكان يتلقى منهم الشهادة، فقال إنما هذا إذا دخل بينهم الكبير على وجه التخبيب وأما إذا كان على جهة سماع الشهادة فيجوز، ويعرف ذلك بالقرائن مثل أن يكون هذا الداخل عدلا لا يتهم والفاسق يتهم. انتهى. وقال اللخمي: واختلف إذا خالطهم رجل هل تسقط

الحديث ....

نص خليل وَلِلزِّنَا وَاللِّوَاطِ أَرْبَعَة بِوَقْتٍ وَرُؤْيَا اتَّحَدَا وفُرِّقُوا فَقَطْ أَنَّهُ أَدْخَلَ فَرْجَهُ فِي فَرْجِهَا وَلِكُلٍّ النَّظَرُ لِلْعَوْرَةِ.

متن الحطاب الشهادة لإمكان أن يكون خببهم ووقف الشهادة أولى، وإن كان عدلا وقال لا أدري [من رماه[1393]] ثبتت شهادة الصبيان. انتهى. إذا علم ذلك فالفرع الذي أشار إليه المصنف بقوله: "ولم يحضر كبير" وأشار إليه ابن الحاجب غير الذي أشار إليه صاحب الرسالة بقوله: "ولم يدخل بينهم كبير" لأن المصنف أراد الحضور وقت الجراح أو القتل، وكلام الشيخ ابن أبي زيد فيما إذا حضر بعد ذلك، والظاهر أنه حينئذ ينظر، فإن كان يمكن منه التخبيب سقطت شهادتهم، وإن كان عدلا لم تسقط كما يفهم ذلك من

179 كلام اللخمي أيضا. والله أعلم./

ص: وللزنا واللواط أربعة ش: أي على فعل الزنا واللواط، وأما على الإقرار به فلا يحتاج إلى الشهادة به على القول الذي مشى عليه المؤلف أن المقر بالزنا يقبل رجوعه عن الإقرار ولو لم يأت بشبهة، وهو قول ابن القاسم؛ لأن إنكاره كتكذيب نفسه. قاله في التوضيح في باب الشهادات وفي باب الزنا. والله أعلم.

ص: بوقت ورؤية اتحدا ش: يعني بالوقت المتحد أن يأتوا بشهادتهم في وقت واحد. قاله المؤلف في قول ابن الحاجب: مجتمعين غير مفترقين، وما ذكره من اشتراط اتحاد الرؤية هو المشهور أنه لا تلفق الشهادة في الأفعال. قاله في التوضيح.

تنبيه: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم في الشهادة على الشهادة في الزنا لا تجوز حتى يشهد أربعة على أربعة في موضع واحد ويوم واحد وساعة واحدة في موقف واحد على صفة واحدة. ابن رشد: ليس من شرطها تسمية الموضع ولا اليوم ولا الساعة، إنما شرطها عند ابن القاسم أن لا يختلف الأربعة في ذلك، فإن قالوا رأيناه معا يزني بفلانة غائبا فرجه في فرجها كالمرود في المكحلة تمت شهادتهم، وإن قالوا لا نذكر اليوم ولا نحد الموضع، وإن قالوا في موضع كذا ويوم كذا أو ساعة كذا من يوم كذا كان أتم، وإن اختلفوا في الموضع أو الأيام فقال بعضهم كان ذلك في موضع كذا، وقال بعضهم بل كان في موضع كذا، أو قال بعضهم بل كان في يوم كذا، وقال بعضهم بل كان في يوم كذا بطلت شهادتهم عند ابن القاسم، وجازت عند ابن الماجشون؛ لأنهم اختلفوا فيما لو لم يذكروه تمت شهادتهم، ولم يلزم الحاكم أن يسألهم عنه. انتهى. ومنه في الموازية: إن قال أحدهم زنى بها منكبة، وقال بعضهم مستلقية بطلت الشهادة وحدوا للقذف. انتهى. ومنه أيضا: وسمع عيسى إن شهد أربعة بزنا رجل بامرأة شهد اثنان بأنها طاوعته، واثنان بأنه اغتصبها حد الأربعة.

ص: ولكل النظر للعورة ش: ذكر ابن عرفة نص المدونة في هذه المسألة، وذكر معارضتها بمسألة عدم إجازة النظر للفرج في اختلاف الزوجين في العيب، وذكر جواب ابن عبد السلام ورده، ثم ذكر ثلاثة أجوبة، ثم قال في آخر كلامه: قلت: وهذا كله إن عجز الشهود عن منع الفاعلين من إتمام ما قصداه أو ابتدآه من الفعل، ولو قدرا على ذلك بفعل أو قول فلم يفعلا بطلت شهادتهم؛ لعصيانهم بعدم تغيير هذا المنكر، إلا أن يكون فعلهما بحيث لا يمنعه التغيير لسرعتهما. انتهى. ونقله ابن غازي ولم يتعقبه، وهو ببادىء الرأي ظاهر، ولكن صرح ابن رشد في البيان في ثالث مسألة من سماع أصبغ بن الفرج من

الحديث ....

[1393] *- في المطبوع من رآه وما بين المعقوفين من يم وسيد26 ومايابى135.

نص خليل وَنُدِبَ سُؤَالُهُمْ كَالسَّرِقَةِ مَا هِيَ وَكَيْفَ أُخِذَتْ.

متن الحطاب 180

كتاب الحدود في السرقة بخلافه، ونصه: مسألة قال ابن القاسم في الرجل يرى السارق يسرق متاعه فيأتي بشاهدين لينظرا/ إليه ويشهدا عليه بسرقته، فينظران إليه ورب المتاع معهم. قال: لو أراد أن يمنعه منه قال ليس عليه قطع، ونحن نقول إنه قول مالك. قال أصبغ: أرى عليه القطع. قال محمد بن رشد: قول أصبغ أظهر؛ لأنه أخذ المتاع مستترا به لا يعلم أن أحدا يراه، لا رب المتاع ولا غيره كمن زنى والشهود ينظرون إليه، ولو شاؤا أن يمنعوه منعوه، وهو لا يعلم أن الحد عليه واجب بشهادتهم، ووجه قول ابن القاسم وما حكاه أنه من قول مالك هو أنه رآه من ناحية المختلس لما أخذ المتاع من صاحبه وهو ينظر إليه، وليس بمنزلة المختلس على الحقيقة؛ إذ لم يعلم هو بنظر صاحب المتاع إليه. انتهى بلفظه. فتأمله.

ص: **وندب سؤالهم كالسرقة ما هي وكيف أخذت** ش: قال في أول كتاب السرقة من المدونة: وينبغي للإمام إذا شهدت بينة عنده على رجل أنه سرق ما يقطع في مثله أن يسألهم عن السرقة ما هي وكيف أخذت ومن أين أخذها وإلى أين أخرجها؟ كما يكشفهم عن الشهادة على رجل بالزنا، فإن كان في ذلك ما يدرأ به الحد درأه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله ما هي هذا سؤال عن جنسها؛ لأن السؤال بما إنما يكون عن الحقيقة والماهية، وقوله كيف هي أي كيف صفة أخذها، وقوله من أين أخذها هل من حرز أم لا؟ وإلى أين أخرجها هل أخرجها من الحرز أو أخذ قبل أن يخرجها؟ ثم قال: وقوله ينبغي معناه والله أعلم يجب؛ لأنه قد يكون في شهادتهم ما يسقط الحد فيؤدي ذلك إلى أن يقطع عضوا شريفا؛ لقوله عليه السلام: {ادرؤا الحدود بالشبهات[1]} انتهى. وقال في أول كتاب الزنا من المدونة: وينبغي إذا شهدت بينة عنده على رجل بالزنا أن يكشفهم عن شهادتهم وكيف رأوه وكيف صنع؟ فإن رأى في شهادتهم ما تبطل به الشهادة أبطلها. انتهى. قال أبو الحسن: انظر قوله ينبغي هل معناه يجب، أو هو على بابه، الأقرب الوجوب كما قال في السرقة، أو يفرق بين البابين، وأن السرقة اختلف في نصابها اختلافا كثيرا، وفي الزنا لم يختلف إلا أن يقال في الزنا أيضا [تشديد[1394]] لأنه قيل زنا العين النظر واليدان تزنيان إلى غير ذلك، فيجب الكشف عن هذا لئلا يظن الشاهد أن ذلك زنا. انتهى. فحاصل كلامه في الموضعين أنه يميل إلى أن ينبغي للوجوب، وهو الظاهر فتأمله.

تفريع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وينبغي للحاكم أن يسألهم في السرقة إلى آخره قال ابن المواز: فإن غابوا قبل أن يسألهم غيبة بعيدة أو ماتوا أنفذت الشهادة وأقيم الحد. قال: وإن كان الشهود أكثر من أربعة فغاب منهم أربعة بعد أن شهدوا لم يسأل من حضر وثبت الحد؛ لأن من حضر لو رجعوا عن شهادتهم لثبت الحد بمن غاب، ورأى بعض الشيوخ أن غيبة أربعة لا يمنع سؤال من حضر لاحتمال أن يذكر الحاضرون ما يوجب التوقيف عن شهادة الغائبين والحاضرين جميعا، وقيد اللخمي قول محمد إذا غابوا بما إذا كانوا من أهل العلم بما يوجب الحد. انتهى.

الحديث 1 – عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله، السنن الكبرى للبيهقي، دار الفكر، ج8 ص238.

1394 *– في المطبوع شديد وما بين المعقوفين من يحيى431.

نص خليل

وَلِمَا لَيْسَ بِمَالٍ وَلاَ آئِلٍ لَّهُ كَعِتْقٍ وَرَجْعَةٍ وَكِتَابَةٍ عَدْلاَنِ وَإِلاَّ فَعَدْلٌ وَامْرَأَتَانِ أَوْ أَحَدُهُمَا بِيَمِينٍ كَأَجَلٍ أَوْ خِيَارٍ وَشُفْعَةٍ وَإِجَارَةٍ وَجَرْحِ خَطَإٍ أَوْ مَالٍ وَأَدَاءِ كِتَابَةٍ وَإِيصَاءٍ بِتَصَرُّفٍ فِيهِ أَوْ بِأَنَّهُ حُكِمَ لَهُ بِهِ كَشِرَاءِ زَوْجَتِهِ وَتَقَدُّمِ دَيْنٍ عِتْقًا.

متن الحطاب

ص: ولما ليس بمال ولا آئل إليه ش: يريد وليس بزنا ولا مما يختص به النساء، واكتفى الشيخ عن ذكر الزنا بما تقدم وعن ذكر ما يختص بالنساء بما سيذكره، ومما لا يكفي فيه الشاهد واليمين إسقاط الحضانة. نقله ابن ناجي في شرح قول الرسالة: "ومن حبس دارا" قال: ومن ذلك الوصية لغير معين. قال: وكذلك الأدب بالشاهد واليمين. ذكره ابن رشد، ومن ذلك الطلاق والخلع كما صرح به ابن فرحون في تبصرته، وقال الشيخ زروق في شرح الرسالة: اختلف في إلحاق ما هو ءائل إلى المال بالمال، والمشهور الإلحاق. ثم قال: وعلى المشهور فالخلع ءائل إلى المال، وفيه خلاف.انتهى.

قلت: إن أراد أن المرأة إذا ادعت على زوجها أنه خالعها على شيء من مالها فهذا من دعوى الطلاق ولا يثبت إلا بشاهدين، وإن أراد أن الرجل ادعى/ على الزوجة أنها خالعته على شيء من مالها فهذه دعوى بمال؛ لأن الطلاق إنما لزمه بإقراره، ويثبت المال بشاهد ويمين كما قاله في المدونة في كتاب إرخاء الستور، ونصه: وإن صالحته على شيء هو فيما بينهما، فلما أتى بالبينة لتشهد جحدت المرأة أن تكون أعطته على ذلك شيئا فالخلع ثابت، ولا يلزمها غير اليمين، فإن نكلت حلف هو واستحق، وإن أتى الزوج بشاهد على ما يدعي حلف معه واستحق. انتهى.

181

ص: وإلا فعدل وامرأتان ش: تصوره واضح.

فرع: قال ابن رشد في نوازله: المشهور المعلوم من مذهب مالك رضي الله عنه وأصحابه أن شهادة النساء في الأحباس عاملة؛ لأن الأحباس من الأموال، ولا اختلاف أن شهادة النساء في الأموال جائزة، وإنما اختلف فيما جر إلى الأموال كالوكالة، وإنما يتخرج أن شهادتهن غير عاملة في ذلك على مذهب ابن الماجشون وسحنون في أن شهادة النساء لا تجوز إلا حيث يجوز اليمين مع الشاهد إذا قلنا إن الحبس لا يستحق باليمين مع الشاهد، وفي ذلك بين أهل العلم اختلاف. انتهى. وقد عد ابن فرحون فيما يثبت بالشاهد والمرأتين والشاهد واليمين الحبس.

ص: وإيصاء بتصرف فيه ش: ظاهر كلام الشيخ أن هذا مما يقبل فيه شاهد ويمين، وامرأتان ويمين، وشاهد وامرأتان، ولكن الشارح بهرام والبساطي لم يذكرا الخلاف فيه إلا في الشاهد والمرأتين، ومثل الإيصاء بالتصرف في المال الشهادة بالوكالة عليه. كذا جمعهما ابن الحاجب، واعلم أن ابن عبد السلام رحمه الله لما ذكر مراتب الشهادة قال ما نصه: الثالثة الأموال وما يؤول إليها كالأجل والخيار والشفعة والإجارة وقتل الخطا وما يتنزل منزلته مطلقا وجراح المال مطلقا وفسخ العقود ونجوم الكتابة، وإن عتق بها فيجوز لرجل وامرأتين، وكذلك الوكالة بالمال والوصية به على المشهور. انتهى. قال في التوضيح: قوله وكذلك الوكالة بالمال أي وكله في حياته ليتصرف له، والوصية به أي أوصاه بأنه يتصرف في أمواله بعد وفاته. انتهى. ولم يذكر المؤلف ولا ابن عبد السلام أن الشاهد واليمين يجوزان

الحديث

....

نص خليل وَقِصَاصٍ فِي جَرْحٍ وَلِمَا لاَ يَظْهَرُ لِلرِّجَالِ امْرَأَتَانِ كَوِلاَدَةٍ وَعَيْبِ فَرْجٍ وَاسْتِهْلاَلٍ وَحَيْضٍ وَنِكَاحٍ بَعْدَ مَوْتٍ أَوْ سَبْقِيَّتِهِ أَوْ مَوْتٍ وَلاَ زَوْجَةَ وَلاَ مُدَبَّرَ وَنَحْوَهُ وَثَبَتَ الإِرْثُ وَالنَّسَبُ لَهُ وَعَلَيْهِ بِلاَ يَمِينٍ وَالْمَالُ دُونَ الْقَطْعِ فِي سَرِقَةٍ كَقَتْلِ عَبْدٍ آخَرَ وَحِيلَتْ أَمَةٌ مُطْلَقًا كَغَيْرِهَا إِنْ طُلِبَتْ بِعَدْلٍ أَوْ اثْنَيْنِ يُزَكِّيَانِ.

متن الحطاب على الوكالة والوصية وإنما تكلما فيما تكلم عليه ابن الحاجب، ثم إن ابن عرفة لما تكلم على هذه المسألة ذكر هذا الخلاف في الشاهد والمرأتين، ولما تكلم في فصل الشاهد واليمين ذكر عن ابن/ رشد في أثناء كلامهما أنه قال: لا خلاف أنه لا يجوز الشاهد واليمين في الشهادة على الوكالة، ثم لما فرغ من الكلام على مسألته قال: وقول ابن رشد لا خلاف أنه لا يجوز شاهد ويمين في الشهادة على الوكالة خلاف نقل اللخمي والمازري. قال اللخمي: اختلف إذا شهد على وكالة من غائب هل يحلف الوكيل والمشهور أنه لا يحلف، وهو أحسن إن كانت الوكالة بحق لغائب فقط وإن كانت مما يتعلق بها حق للوكيل لأن له على الغائب دينا، أو ليكون ذلك المال بيده قراضا، أو تصدق به عليه حلف واستحق إن أقر الموكل عليه بالمال للغائب، وإن وكل على قضاء دين فقضاه بشاهد فجحده القابض حلف الوكيل وبرىء الغريم، فإن نكل حلف الطالب وغرم الوكيل إن كان موسرا، وإن كان معسرا حلف المطلوب وبرىء، وكانت تباعة الطالب على الوكيل متى أيسر.

182

قلت: فظاهر لفظ اللخمي أن الخلاف في الشاهد واليمين في الوكالة، وقال المازري: معروف المذهب أن الشاهد واليمين لا يقضى به في الوكالة، لكن منع القضاء بها ليس من ناحية تصور هذه الشهادة في القضاء بها في الوكالة، بل لأن اليمين مع الشاهد فيها متعذرة؛ لأن اليمين لا يحلفها إلا من له فيها نفع والوكيل لا نفع له فيها، وإن كان وقع في المذهب أن الوكيل يحلف مع شاهده بالوكالة وقبض الحق فتأول الأشياخ هذه الرواية على أن المراد بها وكالة بأجرة يأخذها الوكيل أو يقبض المال لمنفعة له فيها. انتهى. وقال في النوادر: ومن العتبية: قال سحنون: قال أشهب لا يقضى بشاهد ويمين في وكالة في مال. قال ابن نافع عن مالك في المجموعة فيمن أقام شاهدا أنه أوصى إليه أنه لا يحلف معه، ولا يثبت له ذلك إلا أن يراه الإمام أهلا لذلك فيوليه بغير يمين، وقال في المدونة: قال سحنون: الوصايا والوكالة ليستا بمال إذ لا يحلف وصي ولا وكيل مع شاهد رب المال إذ المال لغيرهما. انتهى. /

183

ص: وَقِصَاصٍ فِي جَرْحٍ ش: يعني أن القصاص في الجراح يثبت بالشاهد واليمين. قال في كتاب الديات من المدونة: من أقام شاهدا على جرح عمدا فليحلف ويقتص، فإن نكل قيل للجارح احلف وابرأ، فإن نكل حبس حتى يحلف. ثم قال: قيل لابن القاسم لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال: كلمت مالكا في ذلك فقال إنه لشيء استحسناه وما سمعنا فيه شيئا. انتهى. وقال في كتاب الشهادات: وكل جرح فيه قصاص يقتص فيه بشاهد ويمين، وكل جرح لا قصاص فيه مما هو متلف كالجائفة والمأمومة وشبههما فالشاهد واليمين فيه جائز؛ لأن العمد والخطأ فيه إنما هو مال. انتهى. قال ابن يونس: أي بشاهد ويمين الطالب؛ لأن الجراحة لا قسامة فيها، بذلك مضت السنة، وإنما القسامة في النفس، فلما كانت النفس تقتل بشاهد واحد مع القسامة فلذلك اقتص بشاهد مع يمين

الحديث ....

نص خليل وَبيعَ مَا يَفْسُدُ وَوُقِفَ ثَمَنُهُ مَعَهُمَا بِخِلاَفِ الْعَدْلِ فَيَحْلِفُ وَيُبْقَى بِيَدِهِ.

متن الحطاب المجروح، وقاله عمر بن عبد العزيز. انتهى. وفي النوادر: قال ابن المواز: ويقضى بالقصاص في الجراح بالشاهد واليمين صغيرها وعظيمها في العمد والخطإ ولا شك في الخطإ، وقال ابن عبد الحكم لا [أرى ذلك[1395]] في العمد إلا في اليسير من الجراح، وروي عن مالك أنه يقتص بذلك رواية مبهمة لم يذكر ما صغر أو كبر، وروي عن مالك أن ذلك فيما لا خوف فيه من موضحة ودامية وجراح الجسد، وأما اليد والعين وشبه ذلك فلا يقتص إلا بشاهدين، وهذا قول عبد الملك. قال ابن عبد/ الحكم: وهذه الرواية من قوله أحب إلي. قال محمد: وروى ابن القاسم وأشهب عنه أنه يقتص بذلك فيما عظم أو صغر منها من قطع اليد وغيرها يحلف يمينا واحدة ويقتص. قال ابن القاسم: فإن نكل حلف القاطع وبرىء فإن نكل حبس حتى يحلف، وقيل يقطع. انتهى.

184

فرع: قال في النوادر: قال مالك: وإن كان الشاهد غير عدل حلف المطلوب وليس كالقسامة، وما قال أحد غير هذا إلا بعض من لا يؤخذ بقوله. انتهى.

فرع: قال فيها أيضا: فإذا تعلق به وقال أنت جرحتني فله عليه اليمين، وإن كان من أهل التهم أدب، والذي في سماع أشهب عن مالك إذا تنازعا ثم أتى أحدهما بأصبعه مجروحة تدمى يزعم أن صاحبه عضها قال: يحلف له، وإن كان من أهل التهم أدب قال في الكتابين، وقال ابن القاسم فيمن ادعى أن فلانا جرحه فلا يستحلف في جرح ادعاه أو ضرب إلا أن يكون مشهورا بذلك فيحلف، فإن نكل سجن حتى يحلف، وقال أصبغ فإن طال حبسه ولم يحلف عوقب وأطلق، إلا أن يكون متمردا فيخلد في السجن، ثم ذكر مسائل تتعلق بالعبد إذا قام على جرحه شاهد واحد فراجعه إن أردته. والله أعلم.

ص: **وبيع ما يفسد ووقف ثمنه معهما بخلاف العدل فيحلف ويبقى بيده** ش: يعني أن من ادعى شيئا مما يفسد بالتأخير كاللحم ورطب الفواكه وأقام شاهدين واحتيج إلى تزكيتهما فإن ذلك الشيء يباع ويوقف ثمنه، بخلاف ما إذا أقام عدلا واحدا فإن المدعى عليه يحلف أن المدعي لا يستحق فيه شيئا، ويترك ذلك الشيء بيده. هكذا قال ابن الحاجب متبرئا منه بقوله: [قالوا[1396]] وقبله في التوضيح. وقال: تبرأ منه لإشكاله؛ وذلك لأن الحكم كما يتوقف على الشاهد الثاني كذلك يتوقف على عدالة الشاهدين، فإما أن يباع ويوقف ثمنه فيهما، أو يخلى بيده فيهما، وأجاب صاحب النكت بأن مقيم العدل قادر على إثبات حقه بيمينه، فلما ترك ذلك اختيارا صار كأنه مكنه منه، بخلاف من أقام شاهدين أو شاهدا ووقف ذلك القاضي لينظر في تعديلهم لا حجة عليه في ذلك؛ لعدم قدرته على إثبات حقه بغير عدالتهم، وأشار المازري إلى فرق آخر وهو أن الشاهدين المجهولين أقوى من الواحد؛ لأن الواحد يعلم الآن قطعا أنه غير مستقل، والشاهدان المجهولان إذا عدلا فإنما أفاد تعديلهما بعد الكشف عن وصف [كانا[1397]] عليه حين الشهادة، ويحتمل أن يكون وجه الإشكال ما ذكره ابن عبد السلام

الحديث

....

[1395] *- في المطبوع أرى في ذلك وما بين المعقوفين من مايابى138 وسيد27 ويم100 وم63.

[1396] - في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من ن عدود ص184 ويحيى ص90 و م ص63 ويم ص79 ومايابى138.

[1397] *- في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يحيى433 ويم100 وسيد27 ومايابى39 وم64.

نص خليل ....

متن الحطاب مقتصرا عليه، فإنه قال: إنما تبرأ منه لأنهم مكنوا من الطعام من هو بيده بعد قيام شاهد، ولم يمكنوه منه إن قام عليه شاهدان، بل قالوا يباع ويوقف ثمنه والشاهد أضعف. قال: قلت: ولأجل أن الشاهد أضعف من الشاهدين أبقي الطعام بيد المدعى عليه؛ لأنه إذا ضعفت الدعوى لضعف الحجة ضعف بسبب ذلك أثرها فإبقاء الطعام بيده ليس هو لما توهم من تقديم الأضعف على الأقوى، بل هو عين ترجيح الأقوى، فأجاب عن ذلك بأنه لو كان صحيحا للزم مثله فيما لا يخشى فساده أن يحلف من هو بيده ويترك له يفعل فيه ما أحب. قال: ويجاب عن أهل المذهب بأن ما يخشى فساده قد تعذر القضاء بعينه للمدعي لما يخشى عليه من الفساد قبل ثبوت الدعوى فلم يبق إلا النزاع في ثمنه فهو كدين على من هو بيده، فمكن منه بعد أن يحلف ليسقط حق المنازع في تعجيله له، ولا يلزم مثل ذلك فيما قام عليه شاهدان؛ لأن حق المدعي فيه أقوى من حق المدعى عليه. انتهى كلام التوضيح.

قلت: وأصل المسألة في كتاب الشهادات من المدونة. قال فيها: وإن كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم ورطب الفواكه، وقد أقام لطخا أو شاهدا على الحق وأبى أن يحلف، وادعى بينة قريبة على الحق أجله القاضي بإحضار شاهدين أو شاهد إن أتى بشاهد قبله، ولم يحلف ما لم يخف فساد ذلك الشيء، فإن جاء بما/ينتفع به وإلا أسلم ذلك الشيء إلى المطلوب ونهى المدعي عن التعرض له، وإن كان الطالب قد أقام شاهدين فأوقف القاضي ذلك الشيء إلى الكشف عنهما، فإن خاف على فساده باعه وأوقف ثمنه، فإن زكيت بينة المدعي وهو مبتاع أخذه وأدى الثمن الذي قالت بينته، كان أقل من ذلك أو أكثر، ويقال للبائع إذا كان يأخذ أكثر من الثمن الموقوف أنت أعلم بالتحرج عن الزيادة، وإن لم يزكوا أخذ المدعى عليه الثمن الموقوف، لأنه عليه بيع نظرا، ولو ضاع الثمن قبل القضاء أو بعده كان لمن قضي له به. انتهى.

185

قال في النكت: إذا أقام شاهدين وأوقف القاضي الشيء المدعى فيه لينظر في تعديلهما فخاف فساده أو أقام شاهدا واحدا فكان الحاكم ينظر في تعديله. الجواب: سواء يباع ذلك الشيء بخلاف إذا أقام شاهدا واحدا عدلا وأبى أن يحلف معه، وقال آتي بآخر فخاف الحاكم فساد ذلك الشيء هاهنا يسلمه إلى المطلوب؛ يريد لأن هذا قادر على إثبات حقه بيمينه مع شاهده الذي ثبت له فترك ذلك اختيارا منه والذي ينظر في تعديل شاهديه أو شاهده الذي أقامه لا حجة عليه. انتهى. فهو موافق لما قاله ابن الحاجب إلا أنه لم يذكر استحلاف المطلوب، وكذلك قال اللخمي، ونصه: ومن ادعى مالا يبقى ويسرع إليه الفساد كاللحم ورطب الفواكه، وأتى بلطخ أو بينة لا يعرفها القاضي، فقال الجاحد وهو البائع أو المدعي وهو المشتري نخاف فساده أو لم يقولاه، فإن أثبت لطخا وقال لي بينة حاضرة أو أقام شاهدا وقال عندي شاهد آخر ولا أحلف، فإن لم يحضر ما ينتفع به وخشي عليه الفساد خلى بين البائع وبين متاعه، وأما الشاهدان فينظر في عدالتهما، فإن خشي الفساد بيع وأوقف الثمن. انتهى. فلم يذكر استحلاف المطلوب أيضا. وقال في التنبيهات: قوله في توقيف ما يسرع إليه الفساد إذا قال المدعي عندي شاهد واحد ولا أحلف معه أنه يؤجله ما لم يخف عليه الفســاد وإلا خلى

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب بين المدعى عليه وبين متاعه، معنى قوله لا أحلف معه أي ألبتة [ولو أراد لا أحلف معه الآن[1398]] لأني أرجو شاهدا آخر فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي بيع حينئذ ووقف ثمنه إن خشي عليه الفساد، وليس هذا بأضعف من شاهدين يطلب تعديلهما فقد جعله يبيعه هنا، ونحن على شك من تعديلهما وهو إن لم يعدلهما بطل الحق، وشاهد واحد في الأول ثابت بكل حال والحلف معه ممكن إن لم يجد آخر ويثبت الحق. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام المدونة وكلام التنبيهات، ثم قال بعد: فحاصلها إن لم يقم المدعي إلا لطخا قاصرا عن شاهد عدل وعن شاهدين يمكن تعديلهما وقف المدعى فيه ما لم يخش فساده فإن خشي فساده خلى بينه وبين المدعى عليه، وكذا إن أقام شاهدا عدلا وقال لا أحلف معه بوجه وإن قال أحلف معه أو أتى بشاهدين ينظر في تعديلهما بيع ووقف ثمنه حسبما ذكره في الأم، ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص العطار، وزاد: إن كان أتى الطالب بشاهد واحد وإن لم يزكه وهو قابل للتزكية فهو كقيام شاهدين ينظر في تزكيتهما يباع المدعى فيه لخوف فساده، ونقل أبو إبراهيم قول عياض ولم يتعقبه. انتهى كلام ابن عرفة. وليس فيه ولا في كلام التنبيهات استحلاف المطلوب، لكن في كلام الشيخ أبي الحسن الصغير ما يقتضي ذلك فإنه قال في شرح قوله في المدونة: وإلا سلم ذلك الشيء إلى المطلوب ظاهره من غير يمين. الشيخ: وهذا لا يصح فمعناه بيمين انظره. انتهى.

وقال في كتاب الأقضية من النوادر: وإذا كانت الدعوى فيما يفسد من اللحم والفاكهة الطرية وأقام لطخا أو قام له شاهد فإنه يوقف إلى مجيء شاهده الآخر أو يمينه إلى مثل ما لا يخشى فيه فساد الذي فيه الدعوى، فإن خاف فساده أحلف المدعى عليه، وترك له ما أوقف عليه. انتهى. وفي كلام التنبيهات الذي ذكرناه، وقبله ابن عرفة تقييد عدم بيع المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل بما إذا قال المدعي لا أحلف معه ألبتة، وأما إذا قال لا أحلف/ الآن لأني أرجو شاهدا آخر، فإن وجدته وإلا حلفت مع شاهدي أنه يباع ويكون بمنزلة الشاهدين، وكلام ابن عرفة يقتضي أن هذا هو المذهب فإنه قال في كلامه المتقدم: ومثل ما ذكره عياض عن المذهب ذكر أبو حفص [بن[1399]] العطار، وقال بعد أن ذكر كلام ابن الحاجب وابن عبد السلام: حاصل كلامه يعني ابن عبد السلام أن المذهب عنده هو ما نقله ابن الحاجب، وأشار إلى التبري منه، ثم قال: ومن تأمل كلام عياض وأبي حفص بن العطار مراعيا أصول المذهب علم منه أن ما فهمه الشيخ؛ يعني ابن عبد السلام عن المذهب، وفسر به كلام ابن الحاجب وما أشار إليه من التبري غير صحيح. انتهى. ولا شك أن هذا التقييد الذي ذكره القاضي في التنبيهات يزول به الإشكال،فإنه ينبغي أن يقرر وجه التبري في كلام ابن الحاجب بأنه كيف قالوا إنه مع الشاهد الواحد العدل يمكن المدعى عليه من الشيء المدعى فيه ومع الشاهدين اللذين يريد أن يزكيا لا يمكن منه، ويباع ويوقف ثمنه، مع أن الحق مع الشاهد

186

الحديث ....

1398 *- في المطبوع ولو أراد أن يحلف معه الآن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1399 - ساقطة من المطبوع ومايابى140 ويم ص80 ويحيى ص91 و م ص64 وما بين المعقوفين من ن عدود ص186.

نص خليل

وَإِنْ سَأَلَ ذُو الْعَدْلِ أَوْ بَيِّنَةٍ سَمِعَتْ وَإِنْ لَمْ تَقْطَعْ وَضْعَ قِيمَةِ الْعَبْدِ لِيَذْهَبَ بِهِ إِلَى بَلَدٍ يُشْهَدُ لَهُ عَلَى عَيْنِهِ أُجِيبَ لاَ إِنْ انْتَفَيَا وَطَلَبَ إِيقَافَهُ لِيَأْتِي بِبَيِّنَةٍ وَإِنْ بِكَيَوْمَيْنِ إِلاَّ أَنْ يَدَّعِي بَيِّنَةً حَاضِرَةً أَوْ سَمَاعًا يَثْبُتُ بِهِ فَيُوقَفَ وَيُوَكَّلُ بِهِ فِي كَيَوْمٍ.

متن الحطاب

الواحد العدل أقرب إلى الثبوت؛ لأنه يمكن إثباته سواء وجد شاهدا ثانيا أو لم يجده، بخلاف الشاهدين اللذين يزكيان فإنه إن لم يجد من يزكيهما لم يثبت الحق، فقيام الشاهد الواحد أقوى في إثبات الحق من الشاهدين اللذين يزكيان، فيجاب عن ذلك بأنه إنما يمكن المدعى عليه من المدعى فيه مع الشاهد الواحد العدل إذا قال المدعي لا أحلف معه ألبتة وإنما أطلب شاهدا ثانيا، فإن وجدته أثبت حقي، وإن لم أجده لم أحلف، فحينئذ يمكن المدعى عليه من المدعى فيه إذا خيف عليه الفساد؛ لأن الشاهد الواحد حينئذ أضعف من الشاهدين؛ لأن احتمال عدم ثبوت الحق معه حاصل والواحد أضعف من الاثنين، وأيضا فإن المدعي مختار لعدم إثبات حقه بامتناعه عن اليمين كما تقدم عن النكت.

وأما إذا قال المدعي أنا لا أحلف الآن؛ لأني أرجو شاهدا ثانيا فإن وجدته وإلا حلفت، فهذا يباع ذلك الشيء ويوقف ثمنه؛ لأن الشاهد الواحد حينئذ أقوى من الشاهدين، فإن قيل لم لم يفصلوا فيما لا يخشى فساده في قيام الشاهد الواحد العدل، بل قالوا إنه يحال بين المدعى عليه والشيء المدعى فيه مع قيام الشاهد العدل من غير تفصيل، فالجواب أن ما يخشى فساده لما تعذر القضاء بعينه للمدعي لما يخشى من فساده قبل ثبوت الدعوى، ولم يبق إلا أن يقضى له بثمنه، وقوي حق المدعى عليه بسبب وضع اليد مع ترك المدعي إثبات حقه القادر عليه اختيارا أبقى الشيء المدعى فيه بيد المدعى عليه بخلاف ما لا يخشى فساده؛ لأن القضاء بعينه للمدعي ممكن، ولا كبير ضرر على المدعى عليه في إيقافه فتأمله. والحاصل أن قول المصنف: "بخلاف العدل فيحلف معه ويبقى بيده" يقيد ذلك بما إذا قال المدعي أنا لا أحلف ألبتة مع شاهدي العدل وإنما أطلب شاهدا ثانيا فإن وجدته وإلا تركت، وأما إذا قال أنا لا أحلف الآن لأني أرجو شاهدا ثانيا، فإن وجدته وإلا حلفت، فإن المدعى فيه يباع ويوقف ثمنه، كما يوقف مع الشاهدين على ما قاله عياض وأبو حفص [بن[1400]] العطار، وقبله ابن عرفة. فتأمله منصفا. والله أعلم.

ص: وإن سأل ذو العدل الخ ش: يشير إلى قوله في المدونة في كتاب الشهادات قال مالك: ومن ادعى عبدا بيد رجل فأقام شاهدا عدلا يشهد على القطع أنه عبده أو أقام بينة يشهدون أنهم سمعوا أن عبدا سرق له مثل ما يدعي، وإن لم تكن شهادته قاطعة وله بينة ببلد آخر فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لتشهد على عينه عند قاضي تلك البلدة فذلك له وإن لم يقم شاهدا ولا بينة سماع على ذلك وادعى بينة قريبة بمنزلة اليومين والثلاثة فسأل وضع قيمة العبد ليذهب به إلى بينته لم يكن له ذلك، وإن قال أوقفوا العبد حتى آتي ببينتي لم يكن له ذلك إلا أن يدعي [بينة[1401]] حاضرة على الحق أو سماعا يثبت له به دعواه فإن القاضي يوقف العبد، ويوكل به حتى يأتيه ببينة

الحديث

....

1400 – ساقطة من المطبوع ومايابى141 ويحيى ص91 ويم ص80 و م ص65 وما بين المعقوفين من ن عدود ص186.

1401 *– في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من يم101 ويحيى434 وسيد27 وم65 ومايابى141.

نص خليل وَالْغَلَّةُ لَهُ لِلْقَضَاءِ وَالنَّفَقَة عَلَى الْمَقْضِيّ لَهُ بِهِ.

متن الحطاب 187 فيما قرب من يوم ونحوه، فإن جاء/ بشاهد أو سماع وسأل إيقاف العبد ليأتي ببينة، فإن كانت بعيدة وفي إيقافه ضرر استحلف القاضي المدعى عليه وأسلمه إليه بغير كفيل، وإن ادعى شهودا حضورا على حقه أوقف له نحو الخمسة الأيام والجمعة، وهذا التحديد لغير ابن القاسم، ورأى ابن القاسم أن يوقف له؛ لأن الجائي بشاهد أو سماع له وضع القيمة عند مالك والذهاب به إلى بينته فهذا كالإيقاف. انتهى. وقال أبو الحسن: قوله عبدا ليس يريد خصوصية العبد وإنما نبه به على ما سواه وقوله: "وأقام شاهدا" يريد وأبى أن يحلف معه. ابن رشد: وكذا لو أقام شاهدين مجهولي الحال قوله عند قاضي تلك البلد ظاهرها كان قريبا أو بعيدا. انتهى. ونبه الشيخ بقوله: "لا إن انتفيا" وطلب إيقافه إلى أنه لا يجاب إلى الذهاب به من باب أولى. فتأمله.

ونقل الشارح في الكبير في شرح هذه المسألة مسألة كتاب الصناع في عكس المسألة، وهي من استحقت من يده دابة فسأل القاضي وضع قيمتها ويذهب بها إلى بلد البائع ولم ينقل هذه المسألة فقد يشوش ذلك على فهم الطالب. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: "وضع قيمة العبد" هذا في المستحق بالرق، وأما المستحق بالحرية ففيه تفصيل ينظر في آخر سماع عيسى من الجهاد وفي رسم القبلة من سماع ابن القاسم من الاستحقاق.

ص: والغلة للقضاء والنفقة على المقضى له به ش: قال في المدونة إثر الكلام السابق: ونفقة العبد في الإيقاف على من يقضى له به. ثم قال: الغلة أبدا للذي هي في يده؛ لأن ضمانها منه حتى يقضى بها للطالب. قال أبو الحسن: في المسألة ثلاثة أقوال النفقة والغلة لمن ذلك بيده وقيل لمن يقضى له به والتفصيل، وهو ظاهر الكتاب. قال: ومذهب الكتاب مشكل؛ فقال بعضهم وجهه أنه لما ادعى العبد كأنه أقر بأن نفقته عليه فيؤخذ بإقراره ولا يصدق في الغلة؛ لأنه مدع فيها انظره. انتهى. وقال في النكت: فإن تشاحا في النفقة كانت عليهما جميعا ثم ينظر بعد ذلك ويقضى له به، وقال بعض شيوخنا من أهل بلدنا إن لم يتطوع أحدهما بالنفقة وتشاحا كانت على من هو بيده؛ لأنه على أصل ملكه لا يخرجه الإيقاف حتى ينظر فيه؛ يريد فإذا ألزم النفقة ثم ثبت للآخر رجع عليه بذلك. انتهى.

فرع: قال في آخر كتاب الدعاوى من الذخيرة: قال بعض العلماء: إذا ألزم المدعى عليه بإحضار المدعى به لتشهد عليه البينة، فإن ثبت الحق فالمؤنة على المدعى عليه؛ لأنه مبطل ملح وإلا فعلى المدعي لأنه مبطل في ظاهر الشرع، ولا تجب أجرة تعطيل المدعى به في مدة الإحضار؛ لأنه حق للحاكم لا يتم مصالح الحكام إلا به. انتهى. وقال بعده بنحو صفحة: فرع إذا تنازعتما حائطا مبيضا هل هو منعطف لدارك أو لداره فأمر الحاكم بكشف البياض لينظر إن جعلت الأجرة في الكشف عليه فمشكل؛ لأن الحق قد يكون لخصمك، والأجرة ينبغي أن تكون لمن له نفع العمل، ولا يمكن أن تقع الأجرة على أن الإجارة على من يثبت له الملك؛ لأنكما جزمتما بالملكية، فما وقعت الإجارة إلا جازمة، وكذلك الغائب لو امتنع إلا بأجر. قال: ويمكن أن يقال يلزم الحاكم كل واحد منهما باستئجاره وتلزم الأجرة

الحديث ....

نص خليل وَجَازَتْ عَلَى خَطِّ مُقِرٍّ بِلاَ يَمِينٍ وَخَطِّ شَاهِدٍ مَاتَ أَوْ غَابَ بِبُعْدٍ وَإِنْ بِغَيْرِ مَالٍ فِيهِمَا إِنْ عَرَفَتْهُ كَالْمُعَيَّنِ.

متن الحطاب
188
في الأخير من ثبت له الملك، كما يحلف في اللعان وغيره وأحدهما كاذب. انتهى. وهذا الأخير هو الظاهر كما في الفرع قبله فتأمله. والله أعلم./
ص: وجازت على خط مقر ش: ظاهره سواء كانت الوثيقة بخطه أو فيها شهادته فقط على نفسه وهو كذلك. قال في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم من كتاب الشهادات: وسئل مالك عن رجل كتب على رجل ذكر حق وأشهد فيه رجلين، فكتب الذي عليه الحق شهادته على نفسه بيده في [الذكر[1402]] الحق فهلك الشاهد ثم جحد، فأتى رجلان فقالا نشهد أنه كتابه بيده. قال مالك: إذا شهد عليه شاهدان أنه كتابه بيده رأيت أن يؤخذ منه الحق، ولا ينفعه إنكاره، وذلك بمنزلة لو أقر ثم جحد فشهد عليه شاهدان بإقراره فأرى أن يغرم. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله؛ لأن شهادة الرجل على [نفسه إقرار[1403]] عليها وإقراره على نفسه شهادة عليها، ونقله ابن عرفة.
ص: وإن بغير مال فيهما ش: هذا الذي اختاره رحمه الله أن الشهادة على الخط جائزة في الطلاق والعتاق وغيرهما، وكأنه رحمه الله اعتمد على ما ذكره في التوضيح عن أحكام ابن سهل، ونصه: وفي أحكام ابن سهل عن محمد بن الفرج مولى ابن الطلاع أنه قال الأصل في الشهادة على الخطوط من قول مالك، وأكثر أصحابه أنها تجوز في الحقوق والطلاق والعتاق والأحباس وغيرها. انتهى. وهو خلاف ما نقله البرزلي عن السيوري أنه قال: لا تجوز الشهادة على الخط في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود على ما في الواضحة وغيرها. انتهى من أوائل مسائل الأيمان. ونقله في مسائل الأقضية والشهادات عن ابن رشد انظر كلامه. وقال ابن رشد في نوازله في أثناء مسائل النكاح في رجل [قيم[1404]] عليه بعقد يتضمن إشهاده على نفسه أنه متى تزوج فلانة فهي طالق ثلاثا، وقد تزوجها فأنكر العقد، فشهد شهود أن العقد خط يده، فقال إن كان العقد الذي قيم على الرجل المذكور ثبت بشهادة الشهود الذين أشهدهم على نفسه بما تضمنه وعجز عن الدفع، فالذي أراه وأتقلده أن يفرق بينهما، وهو الصحيح عندي من الأقوال المشهورة في المذهب، ولا يكون ذلك جرحة تسقط شهادته إلا أن يقر على نفسه أنه تزوجها بعد أن حلف بطلاقها ألبتة أن لا يتزوجها وهو يعتقد أن ذلك لا يحل له جرأة على الله عز وجل؛ إذ لو أقر بطلاقها على ما تضمنه العقد، وقال إنما تزوجها لأنه اعتقد أن ذلك يسوغ له
189
لاختلاف أهل العلم في ذلك لعذر فيما فعله، ولم يكن ذلك جرحة، لا سيما إن / كان ممن ينظر في العلم ويسمع الأحاديث، وأما إن لم يثبت العقد الذي قيم به إلا بالشهادة على الخط فلا يحكم به عليه إن أنكر، ولا يفرق بينهما، أو إن عجز عن الدفع في شهادة من شهد عليه أنه خط يده؛ لأن الشهادة على الخط لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا نكاح ولا حد من الحدود على ما نص عليه ابن حبيب في واضحته وغيره، ولو أقر أنه خطه كتبه بيده وزعم أنه لم يكتبه عازما على إنفاذه، وإنما كتبه على أن

الحديث ....

1402 *- في م65 ذكر الحق وهي نسخة.

1403 - في المطبوع على نفسه شهادة إقرار عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص188 ويحيى ص92 و م ص65 ومايابى142.

1404 *- في المطبوع يقيم وما بين المعقوفين من ن ذي ص188 ومايابى142.

نص خليل ....

متن الحطاب يستشير وينظر في ذلك لصدق في ذلك على ما قاله في المدونة. انتهى. والله أعلم. وما ذكره عن ابن حبيب في واضحته. نقله ابن حبيب فيها عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ، وأنها لا تجوز في طلاق ولا عتاق ولا حد من الحدود ولا كتاب قاض، وإنما تجوز في الأموال فقط، وحيث لا تجوز شهادة النساء ولا الشاهد مع اليمين فلا تجوز على الخط، وحيث يجوز هذا يجوز هذا، ووقع في رسم القضاء من سماع أشهب من كتاب الشهادات في امرأة كتب إليها زوجها بطلاقها مع من لا تجوز شهادته إن وجدت من يشهد لها على خطه نفعها ذلك.

قال ابن رشد: ومثله في مختصر ابن عبد الحكم وكان يمضي لنا عند من أدركناه من الشيوخ أن ما ذكره ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ هو مذهب مالك لا خلاف فيه، وأن معنى قوله في الرواية نفعها ذلك أنه يكون لها شبهة توجب لها اليمين على الزوج أنه ما طلق، والذي أقول به أن معنى ما حكاه ابن حبيب إنما هو أن الشهادة لا تجوز على خط الشاهد في طلاق ولا عتاق ولا نكاح لا أنها لا تجوز على خط الرجل أنه طلق أو أعتق أو أنكح بل هي جائزة على خطه بذلك كما تجوز على خطه بالإقرار بالمال، وهو بين من قوله: فالصواب أن يحمل قول مالك نفعها على ظاهره من الحكم لها بالطلاق عليه إذا شهد على خطه شاهدان عدلان، وذلك إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق زوجته مثل أن يكتب إلى رجل يعلمه بأنه طلق زوجته أو إليها يعلمها بذلك، وأما إن كان الكتاب إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا يحكم عليه به إلا أن يقر أنه كتبه مجمعا على الطلاق، وفي قبول قوله إنه كتبه غير مجمع على الطلاق بعد أن أنكر أنه كتبه اختلاف. انتهى بعضه بالمعنى وأكثره باللفظ. فيكون اختيار ابن رشد ثالثا يفرق بين الشهادة على خط الشاهد فلا تجوز إلا في الأموال وبين الشهادة على خط المقر فتجوز في الأموال وغيرها إذا كان الخط بإقراره على نفسه أنه طلق أو أعتق ونحو ذلك، وأما إذا كان الخط إنما هو بطلاقه إياها ابتداء فلا، وذكر ابن عرفة عن ابن سهل نحو اختيار ابن رشد وعن الباجي أيضا، وظاهر ما تقدم عن ابن رشد في نوازله في النكاح أنه حمل قول مطرف وابن الماجشون على ظاهره.

وقال في مسائل الشهادات من نوازله: ظاهر ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن مطرف وابن الماجشون وأصبغ أن الشهادة على الخط لا تجوز فيما عدا الأموال، لا على خط الشاهد ولا على خط المعتق أو المطلق، وسائر ما ذكره مما ليس بمال، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه، ومعنى ذلك إذا وجد الكتاب بالعتق عنده بعد موته أو بيده في حياته؛ لأنه لو أقر أنه خطه وقال كتبته على [أن أستخير[1405]] في تنفيذه ولم أنفذه بعد صدق في ذلك، وأما إذا كان دفعه إلى العبد أو كان قد نص فيه على أنه أنفذه على نفسه فالشهادة عليه عاملة كالشهادة على خطه بالإقرار بالمال، وهو ظاهر رواية أشهب عن مالك في العتبية وما في مختصر ابن عبد الحكم. انتهى. وقال ابن فرحون بعد نقله قول مطرف وابن الماجشون: قال ابن رشد: وهذه التفرقة لا معنى لها إلا أن يريد أن الأموال أخف والصواب الجواز في الجميع. قال ابن الهندي: ويلزم من أجازها في الأحباس القديمة أن يجيزها في

الحديث ....

[1405] *- في المطبوع على أني نستخير والمثبت يحيى436 وم66 وميابى144.

نص خليل

وَأَنَّهُ كَانَ يَعْرِفُ مُشْهِدَهُ وَتَحَمَّلَهَا عَدْلاً لاَ عَلَى خَطِّ نَفْسِهِ حَتَّى يَذْكُرَهَا وَأَدَّى بِلاَ نَفْعٍ وَلاَ عَلَى مَنْ لاَ يَعْرِفُ إِلاَّ عَلَى عَيْنِهِ وَلِيُسَجِّلْ مَنْ زَعَمَتْ أَنَّهَا ابْنَةُ فُلاَنٍ وَلاَ عَلَى مُنْتَقِبَةٍ لِتَتَعَيَّنَ لِلأَدَاءِ وَإِنْ قَالُوا أَشْهَدَتْنَا مُنْتَقِبَةً وَكَذَلِكَ نَعْرِفُهَا قُلِّدُوا وَعَلَيْهِمْ إِخْرَاجُهَا إِنْ قِيلَ لَهُمْ عَيِّنُوهَا وَجَازَ الأَدَاءُ إِنْ حَصَلَ الْعِلْمُ وَإِنْ بِامْرَأَةٍ لاَ بِشَاهِدَيْنِ إِلاَّ نَقْلاً.

متن الحطاب

190 غيرها لأن الحقوق عند الله سواء. انتهى./

ص: وأنه كان يعرف مشهده وتحملها عدلا ش: ما ذكره من معرفة مشهده هو أحد القولين، وما ذكره من قوله وتحملها عدلا هو تعديل للمشهود على خطه، وظاهر كلامه أن الشاهد على الخط لا بد أن يشهد بذلك، وذكر المتيطي أنه لا يشترط ذلك بل يكفي أن يشهد بذلك غيرهما. قال في كتاب الحبس في فصل ذكر فيه أن قائما قام بالحسبة أن فلانا باع حبسا ما نصه: وإن كان الشهود الذين شهدوا على خطوط شهود موتى في كتاب الحبس: قلت: فأتى إليه بفلان وفلان شهدا عنده أن شهادة فلان وفلان الواقعة في كتاب الحبس المنتسخ في هذا الكتاب بخطوط أيديهما لا يشكان في ذلك، وأنهما ميتان فقبل القاضي شهادة الشهيدين عنده وشهادة الشهيدين المشهود على خطوطهما، وإن عدلهما الشاهدان عنده على خطوطهما جاز ذلك، وقلت في إثر قولك وإنهما ميتان وأنهما كانا في رسم العدالة وقبول الشهادة في تاريخ شهادتهما ["[1406]"] / [المذكورة[1407]] وبعدها إلى أن توفيا وإن عدلهما عنده غير الشاهدين اللذين [شهدا[1408]] على خطوطهما. 191

قلت: في الشهيدين وقبل شهادتهما لمعرفته بهما وقبل شهادة فلان وفلان المشهود على خطوطهما بتعديل فلان وفلان لهما عنده بالعدل والرضا إلى أن توفيا على ذلك. انتهى.

ص: وجاز الأداء إن حصل العلم ولو بامرأة ش: مسألة: قال في نوازل ابن رشد في مسائل الشهادات في رجل شهد على امرأة أنها أوصت لأخيها لأمها بثلثها وأدى الشهادة على ذلك، وقطع بمعرفتها ثم شهد عليه شاهدان أنه أقر عندهما بعد أداء الشهادة أن هذه المرأة لم يكن يعرفها قبل ذلك الإشهاد ولا رآها قط، وإنما عينها له في حين ذلك الإشهاد امرأة وثق بها، فهل ذلك مسقط لشهادته في هذه النازلة خاصة ويكون كالرجوع عن الشهادة، أو يراه إقرارا منه على نفسه بتعمد الكذب فيكون جرحة وتسقط شهادته في ذلك وغيره؟ فأجاب شهادته عاملة إذا كان هو [ابتدأ بسؤال[1409]] المرأة؛ لأن ذلك من ناحية قبول [خبر[1410]] الواحد، وأما إذا لم يبتدىء هو بسؤالها وإنما قالت له ذلك على سبيل الشهادة عنده مثل أن تقول له المرأة التي أشهدته على نفسها بالوصية

الحديث

....

[1406] – في المطبوع عن الشهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص190 ويحيى93 و م66 ومايابى144.

[1407] – في المطبوع أو المذكورة وما بين المعقوفين من ن ذي ص191 ومايابى144 وم66 ويحيى436.

[1408] *– في المطبوع شهدوا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى436.

[1409] – في المطبوع ويم ص103 و م66 ابتداء سؤال وما بين المعقوفين من ن عدود ص191 و يحيى93.

[1410] – في المطبوع خير وما بين المعقوفين من ن عدود ص191 ويحيى ص93 و م ص66 ويم ص82 ومايابى144.

نص خليل وَجَازَتْ بِسَمَاعٍ فَشَا عَنْ ثِقَاتٍ وَغَيْرِهِمْ بِمِلْكٍ لِحَائِزٍ مُتَصَرِّفٍ طَوِيلاً.

متن الحطاب هذه فلانة تعرف أني فلانة بنت فلان [وتعرفك[1411]] بذلك فلا يجوز له أن يشهد عليها بتعيين المرأة له إياها على هذا الوجه، وإن كانت عنده ثقة فإن جهل سقطت شهادته عليها ولم يكن ذلك جرحة [[1412]] تسقط شهادته فيما سوى ذلك.انتهى./

192

ص: **وجازت بسماع فشا عن ثقات وغيرهم** ش: قال ابن عرفة: وشهادة السماع لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين، فتخرج شهادة البت والنقل. انتهى. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله أنه لا بد أن يكون السماع فاشيا عن الثقات وغيرهم، وهذا قول ذكره في التوضيح عن بعضهم ومذهب المدونة خلافه، ويحتمل أن يكون مراد المصنف أنه يشترط فيها أن يكون السماع فاشيا، سواء كان من الثقات أو من غيرهم، وهذا هو الراجح. قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وتجوز شهادة السماع الفاشي عن الثقات ظاهره أنه لا يقبل إذا كان من غير الثقات، وهو مذهب مطرف وابن الماجشون. قالا: ولا تجوز من غير أهل العدل من سامع أو مسموع منهم، وظاهر المدونة نفي اشتراط العدالة في المنقول عنهم. قاله المازري، وروي عن ابن القاسم اشتراط العدالة في المنقول عنهم إلا في الرضاع، وقيل لا بد من السماع من غير العدول مع العدول لأن قصر السماع على العدول يخرجه إلى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر. انتهى.

وقال ابن عبد السلام: ذكر المؤلف في صفة هذا السماع الفشو، وأن يكون عن الثقات، فأما الفشو فمتفق عليه، وأما كونه عن الثقات فمنهم من شرطه، ومنهم من لم يشترطه؛ لأن المقصود أن يحصل للشاهد علم أو ظن يقاربه، وربما كان خبر غير العدل في بعض الأوقات مفيدا لما يفيد خبر العدل لقرائن تحتف به، ومنهم من رأى أنه لا بد من السماع من غير العدل مع العدل، [وأن كون[1413]] السماع مقصورا على العدل يخرجه إلى نقل الشهادة عن المعينين وذلك باب آخر.انتهى.

قلت: فيحمل كلام المصنف على المحمل الثاني ليكون موافقا لظاهر المدونة كما قاله المازري وعلى هذا عول العبدوسي في قصيدته حيث قال:

وليس من شروطها العدول   بل اللفيف فادر ما أقول

وقال ابن غازي: لو قال عوضا منه وليس سمعها من العدول [شرطا[1414]] بل اللفيف في [المنقول[1415]] لكان أدل على المراد.

ص: **بملك لحائز [متصرف[1416]] طويلا** ش: أفاد بقوله لحائز أن شهادة السماع في الملك إنما تفيد للحائز فقط وأنها لا تفيد في الانتزاع. قال في التوضيح: ظاهر كلام المصنف -يعني ابن الحاجب- أن

الحديث ....

1411 - في المطبوع تعرفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص191 ويحيى ص93 و م ص66 ويم ص82 ومايابى144.

1412 - في المطبوع ذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص191 ويحيى ص93 و م ص66 ويم ص82 ومايابى144.

1413 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يم103 وسيد28 وم66.

1414 - في المطبوع و م66 شرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص192 ويحيى94 ويم82 ومايابى144 خرجة.

1415 *- في المطبوع النقول وما بين المعقوفين من يم103 ويحيى437 ومايابى145.

1416 - في المطبوع ويم ص82 متصرفا ومايابى145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص192 ويحيى ص94 و م ص66.

نص خليل وَقُدِّمَتْ بَيِّنَة الْمِلْكِ إلاَّ بِسَمَاعٍ أَنَّهُ اشْتَرَاهَا مِنْ كَأبي الْقَائِمِ.

متن الحطاب شهادة السماع تكون بالملك في الانتزاع، والذي نص عليه أصحابنا أنه لا يستخرج بها من يد حائز وإنما تصح للحائز. ثم قال: وحكى ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وابن القاسم وأصبغ ما يقتضى أنه يستخرج بها من اليد، وهل يستحق بها ما ليس في حوز واحد كعفو من الأرض؟ قولان عندنا بناهما المازري على اختلاف المذهب في بيت المال هل يعد حائزا لما لا ملك له أو لا؟. انتهى.
وقال ابن سلمون في كتاب الاستحقاق: ولا يقوم بشهادة السماع إلا الذي الملك بيده ولا تجوز لغيره؛ لأن شهادة السماع لا يستخرج بها من يد حائز [شئ[1417]] تحت يده، إلا أن تكون اليد كلا يد مثل أن يكون غاصبا [أو[1418]] ذا سلطان غير [مقسط[1419]]، وثبت أنه مال القائم أو [ورثه[1420]] على السماع أو ثبت أيضا أنه [تصير إلى الذي تملكه[1421]] من الوجه المذكور فيستخرج من تحت يده ما يده عليه من الأملاك، ويستحق ذلك بشهادة السماع ويحكم بذلك. ذكر ذلك ابن الحاج في مسائله. انتهى.
وهو كلام حسن، وأفاد المصنف بقوله: "لمتصرف طويلا" أنه إنما يشهد بالملك إذا طالت الحيازة وكان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه ولا ينازعه أحد وأنه لا بد من الأمرين، وهكذا قاله في الجواهر، ونقله عنه في التوضيح، وذكر الشارح كلام الجواهر بأو فقال ابن شاس: وأن يشهد بالملك إذا طالت الحيازة، أو كان يتصرف تصرف الملاك من الهدم ونحوه، ثم اعترض في شرحه الكبير على المصنف بأن كلامه يقتضي أنه لا بد من مجموع الأمرين، وأنه خلاف نقل ابن شاس،
193 وقد علمت أن كلام ابن شاس/ موافق لما قاله المصنف، ولعل ذلك وقع في نسخة الشارح من الجواهر. والله أعلم.
تنبيه: بينة السماع في الرهن مقتضى ما في نوازل ابن رشد في كتاب الدعاوى والخصومات أنها عاملة، وسيأتي كلامه في آخر الباب عند قول المصنف: "وإن حاز أجنبي".
ص: وقدمت بينة الملك ش: يعني أنه إذا شهدت بالملك بينة بالسماع، وشهدت بينة أخرى بالملك لشخص آخر بالقطع فبينة الملك التي قطعت مقدمة على بينة السماع.
ص: إلا بكسماع أنه اشتراها من كأبي القائم ش: تصوره من كلام الشارح واضح، والمسألة مبسوطة في المدونة في كتاب الشهادات في الشهادة على السماع، ومثل الشراء منه أنه تصدق بها عليه أو وهبها له كما ستقف عليه في كلام ابن رشد في شرح أول مسألة من رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، ونص مسألة السماع وسألته عن رجل غاب عن داره أو أرضه فدخلها رجل بعد غيبته فسكنها زمانا، ثم مات عنها وبقي ورثته فيها، وقدم الغائب فادعى ذلك وأصله معروف له والبينة تشهد أنه إنما دخل فيها الميت بعد مغيب هذا وإن كان يختلف إن كان سمع من الهالك يذكر أنه اشترى أو لم يسمع ذلك منه، طال زمان ذلك أو لم يطل. قال ابن القاسم: القادم أولى بها إذا كان

الحديث

[1417] – في المطبوع ومايابى145 شيئا ويحيى ص94 ويم ص103 و م ص66 وما بين المعقوفين من ن عدود ص192.
[1418] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص192 ويحيى ص94 و م ص66 ويم ص82 ومايابى145.
[1419] – في المطبوع مسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص192 ويحيى ص94 و م ص66 ويم ص82 ومايابى145.
[1420] – في المطبوع ويحيى94 ويم82 ومايابى145 أورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص192 وم66.
[1421] – في المطبوع ومايابى145 يحيى ص94 ويم ص82 وم ص66 يصير إلى الذي يملكه وما بين المعقوفين من ن عدود ص192.

نص خليل وَوَقْفٍ.

متن الحطاب على ما ذكرت كان الرجل فيها حيا أو ميتا، ولا يلتفت إلى ما كان يسمع من الداخل الهالك يذكر أنه اشترى إلا أن يكون للداخل بينة على الشراء أو هبة أو صدقة أو سماع صحيح على ما اشترى مع طول الزمان وتقادمه. قال ابن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة على معنى ما في المدونة وغيرها من أنه لا حيازة على غائب، فإذا قدم والأصل معروف له وشهدت له البينة بدخول الميت فيها بعد مغيبه كما ذكرت كان على [ورثته[1422]] البينة على ما ادعوا من شراء أو صدقة أو هبة أو سماع على ذلك فيما طال من السنين. انتهى. فقول ابن رشد أو سماع على ذلك شامل للشراء والصدقة والهبة. والله أعلم.

ص: ووقف ش: أي لحائز كما قاله في التوضيح وغيره ولا يشترط فيها تسمية المحبس ولا إثبات ملكه بخلاف ما لو شهدا على الحبس بالقطع فإنه لا يثبت الحبس حتى يشهدوا بالملك للمحبس. قاله في التوضيح. قال ابن سهل في أحكامه الصغرى والكبرى: كيفية الشهادة بالسماع في الأحباس أن يشهد الشاهد أنه يعرف الدار التي بموضع كذا وحدها كذا، وأنه لم يزل يسمع منذ أربعين سنة أو عشرين عاما متقدما لتاريخ شهادته هذه سماعا فاشيا مستفيضا من أهل العدل وغيرهم أن هذه الدار وهذا الملك حبس على مسجد كذا أو على المرضى بحاضرة كذا [أو على فلان[1423]] وعقبه أو حبس لا غير وأنها كانت محترمة بحرمة الأحباس [ويحوزها[1424]] [بالوقوف[1425]] إليها [والتعيين[1426]] لها بهذا جرى العمل في أداء هذه الشهادة. زاد في الكبرى: فإذا أديت هكذا وكان الشهود بها شاهدين فصاعدا حكم بها بعد حيازة الشهود بتحبيسه والإعذار إلى من يعترض فيه ويدعيه. قال ابن القاسم في سماع عيسى في حبس العتبية: إذا شهد رجلان أنهما كانا يسمعان أن هذه الدار حبس جازت شهادتهما وكانت حبسا على المساكين إن كان لم يسم أحدا. انتهى./ 194

تنبيه: استفيد من هذه المسألة النص في أن مصارف الحبس [وشروط[1427]] الواقف تثبت بشهادة السماع، ونص على ذلك أيضا في كتاب الشهادات من المدونة. قال: وسئل مالك عن قوم شهدوا على السماع في حبس على قوم أنهم يعرفون أن من مات منهم لا يدخل في نصيبه زوجته وتهلك ابنة الميت فلا يدخل فيه ولدها ولا زوجها؟ فقال: أراه حبسا ثابتا وإن لم يشهدوا على أصل الحبس ولم يذكروا ذلك كله وذكروا في السماع ما يستدل به فذلك جائز.انتهى.

الحديث ....

1422 – في المطبوع ورثة وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 ويحيى ص94 و م ص67 لورثته ويم ص82 ومايابى146.

1423 *– في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من م67 ويم103 ويحيى437 وسيد28 ومايابى146.

1424 *– في المطبوع وتحوزهما وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1425 – في المطبوع و م ص67 ويم ص82 بالوقف وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 (ويحيى ص94 ويجوزانها بالوقف) ومايابى146 وتجوزونها بالوقوف.

1426 – في المطبوع و م ص67 والتبيين وما بين المعقوفين من ن عدود ص193 ومايابى146 ويحيى ص94 ويم ص82.

1427 – في المطبوع وصروف وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 ويحيى ص94 و م ص67 ويم ص82 ومايابى146.

نص خليل

وَمَوْتٍ بِبُعْدٍ إنْ طَالَ الزَّمَانُ بِلاَ رِيبَةٍ وَحَلَفَ وَشَهِدَ اثْنَانِ كَعَزْلٍ وَجَرْحٍ وَكُفْرٍ وَسَفَهٍ وَنِكَاحٍ وَضِدِّهَا وَإِنْ بِخُلْعٍ وَضَرَرِ زَوْجٍ وَهِبَةٍ وَوَصِيَّةٍ وَوِلاَدَةٍ وَحِرَابَةٍ وَإِبَاقٍ وَعُدْمٍ وَأَسْرٍ وَعِتْقٍ وَلَوْثٍ وَالتَّحَمُّلُ إنْ افْتُقِرَ إلَيْهِ فَرْضُ كِفَايَةٍ.

متن الحطاب

ص: وموت ببعد ش: قيد البعد راجع إلى قوله: "وموت".

ص: وشهد اثنان ش: قال ابن يونس في كتاب الشهادات: ومن كتاب الشهادة: قال ابن القاسم: وأما إن شهد شاهد واحد على السماع لم يقض له بالمال وإن حلف؛ لأن السماع نقل شهادة، ولا يجوز [1428] شهادة واحد على شهادة غيره.انتهى. وقال أبو الحسن: بل أضعف من نقل الشهادة، وانظر الدماميني في حاشية البخاري في الشهادة على الإنسان والموت القديم والرضاع، وانظر في مسائل الأقضية والشهادات من البرزلي ورود كتاب المسافرين بأن فلانا مات ونحو ذلك؟

ص: وعتق ش:

195 **مسألة**: عد ابن جزي في المواضع التي تجوز فيها الشهادة بالسماع الفاشي الحرية. والله أعلم./

ص: والتحمل إن افتقر إليه فرض كفاية ش: قال ابن عرفة: التحمل عرفا علم ما يشهد به بسبب اختياري. فيخرج علمه دونه كمن قرع أذنه صوت مطلق ونحوه من قول يوجب على قائله حكما، فالمعروض للتكليف به الأول لا الثاني، وهو فرض كفاية. ثم قال: والأداء عرفا إعلام الشاهد الحاكم بشهادته بما يحصل له العلم بما شهد به، وقال ابن رشد في شرح المسألة الثالثة والعشرين من رسم نذر سنة من سماع ابن القاسم من الجامع: من دعي أن يشهد على أمر جائز أو مستحب أو واجب فالإجابة عليه فرض من فروض الكفاية ومن دعي أن يشهد على مكروه فيكره له أن يشهد عليه، ومن دعي أن يشهد على حرام فلا يحل له أن يشهد عليه. انتهى.

وقال الدماميني في كتاب الشهادات في قوله عليه الصلاة والسلام: {لا أشهد على جور[1]} : قال المهلب: في الحديث من الفقه أن الإنسان لا يضع اسمه في وثيقة لا تجوز، ومن العلماء من رأى جوازه بقصد الشهادة على الممنوع ليرد. قال ابن المنير: إنما يريد لا يضع خطه في وثيقة بظاهر الجواز مع أن الباطن باطل، وأما المساطير التي تكتب لإبطال المفاسد بصيغة الاستدراك لا البناء فلا خلاف ولا خفاء في وجوب وضع الشهادة فيها، ولو وضع شهادته في وثيقة كتبت بظاهر الجواز والعقد فاسد. زاد في خطه فقال: والأمر بينهما في ذلك محمول على ما يصححه الشرع من ذلك أو يبطله، ومثل هذا الموضع لا يكاد يختلف فيه. انتهى. وانظر الواضحة في الكلام على شهادة الشاهد بما لا يرى جوازه، ونقله ابن فرحون في التبصرة في فصل تنبيه القاضي على أمور عند أداء الشهادة، وتقدم كلامه عند قول المصنف: "وليخبر بها" وانظر كلام الرجراجي في أجر قسام القاضي في كتاب الشهادة فإنه تكلم على

196 أخذ الشهود الأجرة على الشهادة./

الحديث

1 – البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 2650.

[1428] – في المطبوع ولا يجوز نقل شهادة وما بين المعقوفين من ن عدود ص194 ومايابى146 (ولا تجوز شهادة واحدة) ويحيى ص95 و م ص67 ويم ص82.

نص خليل

وَتَعَيَّنَ الْأَدَاءُ مِنْ كَبَرِيدَيْنِ وَعَلَى ثَالِثٍ إِن لَّمْ يُجْتَزَ بِهِمَا وَإِن انْتَفَعَ فَجَرْحٌ إِلاَّ رُكُوبَهُ لِعُسْرِ مَشْيِهِ وَعَدَمِ دَابَّتِهِ لاَ كَمَسَافَةِ الْقَصْرِ وَلَهُ أَنْ يَنْتَفِعَ مِنْهُ بِدَابَّةٍ وَنَفَقَةٍ وَحَلَفَ بِشَاهِدٍ فِي طَلاَقٍ وَعِتْقٍ لاَ نِكَاحٍ فَإِن نَكَلَ حُبِسَ وَإِنْ طَالَ دُيِّنَ وَحَلَفَ عَبْدٌ وَسَفِيهٌ مَعَ شَاهِدٍ لاَ صَبِيٌّ وَأَبُوهُ وَإِنْ أَنْفَقَ وَحَلَفَ مَطْلُوبٌ لِيُتْرَكَ بِيَدِهِ وَأُسْجِلَ لِيَحْلِفَ إِذَا بَلَغَ كَوَارِثِهِ قَبْلَهُ إِلاَّ أَنْ يَكُونَ نَكَلَ أَوَّلاً فَفِي حَلِفِهِ قَوْلاَنِ وَإِن نَكَلَ اكْتُفِيَ بِيَمِينِ الْمَطْلُوبِ الأُولَى وَإِنْ حَلَفَ الْمَطْلُوبُ ثُمَّ أَتَى بِآخَرَ فَلاَ ضَمَّ وَفِي حَلِفِهِ مَعَهُ وَتَحْلِيفِ الْمَطْلُوبِ إِن لَّمْ يَحْلِفْ قَوْلاَنِ وَإِنْ تَعَذَّرَ يَمِينُ بَعْضٍ كَشَاهِدٍ بِوَقْفٍ عَلَى بَنِيهِ وَعَقِبِهِمْ أَوْ عَلَى الْفُقَرَاءِ حَلَفَ وَإِلاَّ فَحُبُسٌ فَإِنْ مَّاتَ فَفِي تَعْيِينِ مُسْتَحِقِّهِ مِنْ بَقِيَّةِ الأَوَّلِينَ أَوِ الْبَطْنِ الثَّانِي تَرَدُّدٌ وَلَمْ يُشْهَدْ عَلَى حَاكِمٍ قَالَ ثَبَتَ عِنْدِي إِلاَّ بِإِشْهَادٍ مِنْهُ كَاشْهَدْ عَلَى شَهَادَتِي أَوْ رَآهُ يُؤَدِّيهَا إِنْ غَابَ الأَصْلُ وَهُوَ رَجُلٌ بِمَكَانٍ لاَ يَلْزَمُ الأَدَاءُ مِنْهُ وَلاَ يَكْفِي فِي الْحُدُودِ الثَّلاثَةُ الأَيَّامِ أَوْ مَاتَ أَوْ مَرِضَ.

متن الحطاب

ص: وتعين الأداء ش: تصوره ظاهر.

مسألة: قال في النوادر في كتاب الشهادات: من كان يشهد بدين فشهد عنده شاهدان بقضائه أو رجل وامرأتان أنه لا يشهد قيل له فإن أخبره شاهد واحد؟ فوقف وقال: ما تبين لي.انتهى.

ص: وحلف بشاهد في طلاق وعتق ش: يريد أو امرأتين. قاله في التوضيح، [ونقله[1429]] ابن عرفة عن المدونة، وتكلم في شهادة النساء من قرابتها في ذلك، [وذكر في ذلك[1430]] قولين مذهب المدونة أنها لا تجوز فانظره، ونص على ذلك في أواخر العتق الثاني من المدونة، وانظر في ابن عرفة أيضا إذا شهد شاهد في زنا أو قذف أو سكر ونحوه.

197 ص: وحلف عبد وسفيه مع شاهده ش: فإن نكل السفيه وحلف المطلوب ثم رشد السفيه فهل له/ أن يحلف الآن مع شاهده أم لا؟ قولان. قال ابن القاسم لا يحلف، وأما العبد فقال ابن عرفة: قال اللخمي: إن كان بمال وهو مأذون له فهو كالحر إن نكل حلف المطلوب وبرئ؛ ولا مقال لسيده، وإن

198 كان غير مأذون له حلف واستحق، فإن نكل حلف سيده واستحق، ثم نقل عن ابن رشد نحوه./

ص: ولم يشهد على حاكم قال ثبت عندي إلا بإشهاده ش: مسألة: قال الباجي في المنتقى: اختلف قول مالك في الرجلين يتحاسبان بحضرة رجلين ويشترطان عليهما أن لا يشهدا بما يقران به فيقر أحدهما فيطلبهما الآخر بالشهادة فروى ابن القاسم عن مالك يمنعان من الشهادة ولا يعجلان، فإن اصطلح المتداعيان وإلا فليؤديا الشهادة، وروى عنه ابن نافع لا أرى بامتناعهما من الشهادة بأسا، وقال الشيخ أبو إسحاق: لا تجوز شهادة الحاكم بما سمع من الخصوم، وكذلك شهادة من توسط بين اثنين. انتهى من ترجمة الشهادات. وذكر في النوادر القولين في الترجمة الثانية من كتاب الشهادات وزاد في القول الأول كنت أحب أن لا يقبلا؛ يعني أن لا يدخلا على الشرط المذكور. ثم قال بعد أن ذكر

الحديث

....

[1429] - في المطبوع ونقل وما بين المعقوفين من ن الزايد ص196 ويحيى ص95 و م ص67 ويم ص83 ومايابى147.

[1430] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص196 ويحيى ص95 و م ص67 ويم ص83 ومايابى147.

نص خليل وَلَمْ يَطْرَأْ فِسْقٌ أَوْ عَدَاوَة بِخِلَافِ جِنٍّ وَلَمْ يُكَذِّبْهُ أَصْلُهُ قَبْلَ الْحُكْمِ وَإِلاَّ مَضَى بِلاَ غُرْمٍ وَنَقَلَ عَنْ كُلٍّ اثْنَانِ لَيْسَ أَحَدُهُمَا أَصْلاً وَفِي الزِّنَا أَرْبَعَة عَنْ كُلٍّ أَوْ عَنْ كُلِّ اثْنَيْنِ اثْنَانِ وَلُفِّقَ نَقْلٌ بِأَصْلٍ وَجَازَ تَزْكِيَة نَاقِلٍ أَصْلَهُ وَنَقْلُ امْرَأَتَيْنِ مَعَ رَجُلٍ فِي بَابِ شَهَادَتِهِنَّ.

متن الحطاب قول ابن نافع: قال ابن حبيب عن مطرف وابن الماجشون وإذا أدخلا بينهما رجلين على أن لا يشهدا عليهما فذكرا نحو قول مالك الخ، وذكر ابن فرحون في الباب الحادي والخمسين قول ابن القاسم وقول ابن نافع وجعل كل واحد منهما فرعا مستقلا وليس كذلك، ونقلهما عن المقنع لابن بطال وكلام صاحب المقنع لا يقتضي ذلك، وما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق فالظاهر أنه اختيار منه لرواية ابن نافع، واقتصر عليه صاحب المسائل الملقوطة؛ أعني ما ذكره الباجي عن الشيخ أبي إسحاق، ونصه: شهادة المتوسط الذي يدخل بين اثنين بالصلح لا تجوز وإن استوعب كلامهما من الكافي لابن عبد البر والمنتقى للباجي الخ./ 199

ص: **ولم يطرأ فسق أو عداوة بخلاف جن** ش: يعني أن طرو الفسق والعداوة على الأصل قبل أداء الفرع يبطل شهادة الفرع، بخلاف طرو الجنون على الأصل فإنه لا يبطل شهادة الفرع، وإذا طرأ على الأصل تهمة القرابة كأن يتزوج الشاهد المنقول عنه المرأة المشهود لها أو العكس فقال ابن عرفة: ولما كان تمام شهادة النقل بأداء ناقلها عنه كان طرو مانع شهادة الأصل قبل أداء ناقلها [كطرو[1431]] المانع على [شاهد[1432]] قبل أداء شهادته أو بعده وقبل الحكم بها، والأول واضح، والثاني تقدم حكمه عن المازري، وتقدمت الرواية بأن حدوث سبب العداوة بعد تقييد شهادة الشاهد لا يمنع القضاء بها؛ لأن أداء شهادته قبل صيرورته عدوا لا يوجب تهمة، ومنع بعض العلماء القضاء بما نقل عمن صار عدوا للمشهود عليه؛ لأنه رأى ظهور عداوته يشعر بمقدمات وسوابق.

قلت: ظاهر كلام المازري أن المذهب عدم سقوط شهادة المنقول عنه بحدوث عداوته بعد سماع نقلها منه وقبل أداء نقلها، كحدوث ذلك بعد أدائها للحاكم قبل نفوذ حكمه، ولا يخفى أن أداءه أدل على ثبوتها من سماعها للنقل عنه، ولذا قال ابن شاس: إذا طرأ على الأصل فسق أو عداوة أو ردة امتنعت شهادة الفرع. قال المازري: وحدوث فسق الأصل بعد سماع النقل عنه وقبل أدائه يبطل شهادته، وأشار بعض أصحابنا إلى أن الفسق إن كان مما يخفى ويكتم كالزنا أشعر [بسوابق[1433]] متقدمات تمنع العدالة، وإن كان مما [يجاهر[1434]] به كالقتل لم يشعر بأنه كان قبل طرو ذلك كذلك. قال: ولو انتقل من طرأ فسقه لعدالة ففي صحة النقل عنه بالسماع منه أولا أو بسماع منه بعد انتقاله خلاف بين الناس. اهـ كلام ابن عرفة.

الحديث ....

1431 - في المطبوع لطرو ومايابى148 وما بين المعقوفين من ن عدود ص199 ويحيى ص95 و م ص68 ويم ص83.

1432 - في المطبوع شاهده وما بين المعقوفين من ن عدود ص199 ويحيى ص95 و م ص68 ويم ص83 ومايابى148.

1433 - في المطبوع أشعر بسابق متقدملت تمنع ويحيى ص95 (وم ص68 ويم ص83 أشعر بمقدمات) (ومايابى أشعر سابق متقدما تمنع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص199.

1434 *- في المطبوع تجاهر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى95 وسيد وم68 ومايابى142.

نص خليل وَإنْ قَالاَ وَهِمْنَا بَلْ هُوَ هَذَا سَقَطَتَا وَنُقِضَ إنْ ثَبَتَ كَذِبُهُمْ كَحَيَاةِ مَنْ قُتِلَ أوْ جَبِّهِ قَبْلَ الزِّنَا لاَ رُجُوعُهُمْ وَغَرِمَا مَالاً وَدِيَةً وَلَوْ تَعَمدًا وَلاَ يُشَارِكُهُمْ شَاهِدَا الإحْصَانِ فِي الْغُرْمِ كَرُجُوعِ الْمُزَكِّي وَأُدِّبَا فِي كَقَذْفٍ وَحُدَّ شُهُودُ الزِّنَا مُطْلَقًا كَرُجُوعِ أَحَدِ الأَرْبَعَةِ قَبْلَ الْحُكْمِ وَإِنْ رَّجَعَ بَعْدَهُ حُدَّ الرَّاجِعُ فَقَطْ.

متن الحطاب ص: وإن قالا وهمنا بل هو هذا سقطتا ش: هذا شروع منه رحمه الله في الكلام على الرجوع عن الشهادة. قال ابن عرفة: الرجوع عن الشهادة هو انتقال الشاهد بعد أداء شهادته بأمر إلى عدم الجزم به دون نقيضه؛ فيدخل انتقاله إلى شك على القول بأن الشاك حاكم أو غير حاكم، والأول قول [الأصبهاني[1435]] شارح المحصول، والثاني للقرافي، وقيد بعد أداء شهادته [هو[1436]]/ ظاهر 200 الروايات، وظاهر لفظ المازري صدقه على ما قبل الأداء فعليه يحذف لفظ بعد أداء الشهادة الخ ، وقال في الطراز في أثناء الجزء التاسع في ترجمة وثيقة تجريح بعداوة: لو شهد الشاهد ثم قال بالله الذي لا إله إلا هو ما شهدت إلا بالحق، لكني أرجع عن شهادتي فلا يقضى بها [فأفتى ابن خزيمة[1437]] وأصبغ بن سعيد أنه يقضى بها، وليس هذا برجوع، والرجوع أن يكذب نفسه ويدخله الشك، وأفتى ابن زرب أنه لا يقضى بها، لأنه إن كان رجع عن حق علمه فقد فعل ما لا يجوز له وأسقط شهادته. [انتهى.[1438]] وينبغي أن يفصل في ذلك بين العامي الذي يجهل حرمة ذلك فلا ترد شهادته، وبين غيره ممن يعلم ذلك. والله أعلم.

ص: لا رجوعهم ش: انظر قوله في كتاب القذف من المدونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بالزور [درأ[1439]] الحد الخ. والله أعلم.

ص: ولا يشاركهم [شاهدا[1440]] الإحصان ش: ظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الزنا أو مع رجوع الكل وهو المشهور، وقيل يجب على كل واحد منهما سدس الدية وباقيها على بينة الزنا، وقيل على كل واحد من شاهدي الإحصان ربعها وباقيها على بينة الزنا. قال المازري: ولو رجع أحد شهيدي الإحصان فعلى الأول لا غرم عليه، وعلى الثاني يغرم سدس الدية، وعلى الثالث يغرم ربعها. نقله ابن عرفة. انتهى. وعلى هذا فلو رجعا وحدهما فلا شيء عليهما على الأول المشهور.والله أعلم. / 201

ص: كرجوع المزكي ش: يعني أن رجوع المزكيين عن تزكية من [زكياه لا يوجب عليهما[1441]] غرما وظاهره سواء رجعا وحدهما أو مع شهود الأصل وهو كذلك. قال في النوادر من كتاب ابن سحنون: قال سحنون: وإن شهد رجلان بحق والقاضي لا يعرفهما، فزكاهما رجلان فقبلهما القاضي وحكم بالحق ثم

الحديث ....

[1435] *- في المطبوع الفاكهاني وما بين المعقوفين من سيد29 ويم104 ومايابى148 وم68.

[1436] *- في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من سيد29 ومايابى148 وم68 ويم104.

[1437] - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 و م68 ويم83 ومايابى148.

[1438] - في المطبوع الخ وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 و م68 ويم83 ومايابى148.

[1439] - في المطبوع درأت وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 ويحيى ص96 و م ص68 ومايابى148. علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب درئ وهو الذي في يم104.

[1440] - في المطبوع ومايابى148 ويحيى ص96 ويم ص84 شاهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص200 و م ص68.

[1441] *- في المطبوع زكوه لا توجب عليهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل

وَإِنْ رَجَعَ اثْنَانِ مِنْ سِتَّةٍ فَلاَ غُرْمَ وَلاَ حَدَّ إِلاَّ أَنْ يَتَبَيَّنَ أَنَّ أَحَدَ الأَرْبَعَةِ عَبْدٌ فَيُحَدُّ الرَّاجِعَانِ وَالْعَبْدُ وَغَرِمَا فَقَطْ رُبُعَ الدِّيَةِ ثُمَّ إِنْ رَجَعَ ثَالِثٌ حُدَّ هُوَ وَالسَّابِقَانِ وَغَرِمُوا رُبُعَ الدِّيَةِ وَرَابِعٌ فَنِصْفُهَا وَإِن رَّجَعَ سَادِسٌ بَعْدَ فَقْءِ عَيْنِهِ وَخَامِسٌ بَعْدَ مُوضِحَتِهِ وَرَابِعٌ بَعْدَ مَوْتِهِ فَعَلَى الثانِي خُمُسُ الْمُوضحَةِ مَعَ سُدُسِ الْعَيْنِ كَالأَوَّلِ وَعَلَى الثالِثِ رُبُعُ دِيَةِ النَّفْسِ فَقَطْ وَمُكِّنَ مُدَّعٍ رُجُوعًا مِّنْ بَيِّنَةٍ كَيَمِينٍ إِنْ أَتَى بِلَطْخٍ وَلاَ يُقْبَلُ رُجُوعُهُمَا عَنِ الرُّجُوعِ وَإِنْ عَلِمَ الْحَاكِمُ بِكَذِبِهِمْ وَحَكَمَ فَالْقِصَاصُ وَإِن رَّجَعَا عَنْ طَلاَقٍ فَلاَ غُرْمَ كَعَفْوِ الْقِصَاصِ إِنْ دَخَلَ وَإِلاَّ فَنِصْفُهُ كَرُجُوعِهِمَا عَنْ دُخُولِ مُطَلَّقَةٍ وَاخْتَصَّ الرَّاجِعَانِ بِدُخُولٍ عَنِ الطَّلاَقِ وَرَجَعَ شَاهِدَا الدُّخُولِ عَلَى الزَّوْجِ بِمَوْتِ الزَّوْجَةِ إِنْ أَنْكَرَ الطَّلاَقَ وَرَجَعَ الزَّوْجُ عَلَيْهِمَا.

متن الحطاب

رجع المزكيان [للبينة[1442]] وقالا زكينا غير عدلين [وما لا[1443]] يزكى مثله فلا ضمان عليهما؛ لأن الحق أخذ [بغيرهما[1444]] ومن لو شاء لم يشهد، ولو رجع الشاهدان ومن زكاهما لم يغرم إلا الشاهدان إذ لو شاءا لم يشهدا [فبهما[1445]] قام الحق. قاله ابن الماجشون في كتابه. اهـ من ترجمة الرجوع عن الشهادة في التعديل. والله أعلم.

ص: وإن رجع اثنان من ستة فلا غرم الخ ش: قال في التوضيح: نحوه في كتاب محمد، وفي المدونة إن علم بعد الرجم أو الجلد أن أحدهم عبد حد الشهود [جميعا،[1446]] وإن كان مسخوطا لم يحد واحد منهم؛ لأن/ الشهادة قد تمت باجتهاد الإمام في عدالتهم ولم تتم في العبد وتصير من خطإ الإمام فإن لم يعلم الشهود كانت الدية في الرجم على عاقلة الإمام، وإن علموا فذلك على الشهود في [أموالهم[1447]] ولا شيء على العبد في الوجهين، فإن قيل هل ما في الكتابين مخالف فيتخرج في المسألتين خلاف أم لا قيل يحتمل أن يقال مسألة المدونة انتقض الحكم فيها لظهور كون الراجع من الشهود عبدا، وإذا انتقض وجب حد الثلاثة الباقين، وأما مسألة الموازية فإن الحكم لم ينتقض؛ لأن قصارى الأمر أنه شهد خمسة وأقيم الحد فرجع اثنان وذلك غير موجب لنقض الحكم، فلهذا لم تحد الثلاثة الباقون، فإن قلت كان ينبغي علي ما في الموازية أن يسقط الحد عن العبد. قلت: قذف العبد للمشهود عليه سابق على حد الزنا فلعله إنما كان مطالبا به وقد ظهرت الشبهة في زنا المشهود عليه برجوع بعض الشهود استصحب القذف، ووجب حد العبد، والمسألة مع ذلك مشكلة.انتهى.

202

ص: وإلا فنصف ش: يعني وإن رجع الشاهدان بالطلاق عن شهادتهما وكانت المرأة غير مدخول بها [فعليهما[1448]] نصف الصداق.

الحديث ....

1442 - في المطبوع بالبينة وما بين المعقوفين من ن ذي ص201 وميابى149 وم68 ويحيى439 ويم105.

1443 *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب كذا في النسخ والصواب ومن لا.

1444 - في المطبوع لغيرهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص201 ويم105 ويحيى439 وميابى149 وم68.

1445 - في المطبوع فيهما وميابى149 ويم105 وم68 ويحيى439 وما بين المعقوفين من ن ذي ص201.

1446 *- في المطبوع أجمع وما بين المعقوفين من التوضيح ج3 ص436.

1447 - في المطبوع أحوالهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 و م ص68 ويم ص84 ومايابى.

1448 - في المطبوع و م ص68 فعليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص202 ويحيى ص96 ويم ص84 ومايابى149.

نص خليل

بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ دُونَ مَا غَرِمَ وَرَجَعَتْ عَلَيْهِمَا بِمَا فَوَّتَاهُ مِنْ إِرْثٍ وَصَدَاقٍ وَإِنْ كَانَ عَنْ تَجْرِيحٍ أَوْ تَغْلِيطِ شَاهِدَيْ طَلَاقِ أَمَةٍ غَرِمَا لِلسَّيِّدِ مَا نَقَصَ بِزَوْجِيَّتِهَا وَلَوْ كَانَ بِخُلْعٍ بِثَمَرَةٍ لَمْ تَطِبْ أَوْ آبِقٍ فَالْقِيمَةُ حِينَئِذٍ كَالْإِتْلَافِ بِلَا تَأْخِيرٍ لِلْحُصُولِ فَيَغْرَمُ الْقِيمَةَ حِينَئِذٍ.

متن الحطاب

قال ابن عبد السلام: والمصنف نص في المدونة على أنهما يغرمان نصف الصداق وسكت عمن يستحقه. قال ابن عرفة: وفيها إن رجعا بعد قضاء قاض عن شهادتهما بالطلاق قبل البناء فعليهما نصف الصداق. عياض: كذا قيدنا في الأصل قال بعض الشيوخ: لم يبين لمن هذا النصف، وحمله أكثر الشيوخ على أن غرمه للزوج وكذا جاء مفسرا في كتاب العشور من الأسمعة وحمله غير واحد على أن غرمه للمرأة ليكمل لها صداقها الذي أبطلاه عليها بالفراق قبل الدخول، وعليه اختصر المسألة القرويون؛ قالوا وهو مقتضى النظر والقياس؛ لأن غرمه للزوج لا وجه له إذ النصف عليه متى حصل الفراق قبل الدخول، وأشهب وسحنون لا يريان عليهما من المهر شيئا. انتهى. ونحوه في التوضيح وابن عبد السلام إلا أن هذا أتم.

قال في التوضيح بعد ذكر خلاف الشيخ المتقدم: وانظر كلامه في المدونة على كل من التأويلين فإنه مبني على خلاف ظاهر المذهب أن المرأة تملك بالعقد نصف الصداق، وأيضا فإنه لا يلتئم مع ما في المسألة الآتية بعد هذه وهي قوله: "ولو رجعا في شهادة الدخول في مطلقة لغرما نصف [الصداق. انتهى.[1449]] واعلم أن قوله: "على كل من التأويلين" ليس بظاهر؛ لأنه على التأويل الثاني لا مخالفة فيه لقولهم إنها تستحق بالعقد النصف ويلتئم مع المسألة الثانية/ بلا كلام فتأمله، وعلى التأويل الأول فهو جار على القول بأنها لا تملك بالعقد شيئا، وهذا القول أحد المشهورين في كلامه في المختصر، وذكر في التوضيح أن صاحب الجواهر وابن راشد القفصي صرحا بأنه المشهور فاعلم ذلك. والله أعلم.

203

ص: **بما فوتاها من إرث وصداق** ش: يعني نصف الصداق.

ص: **وإن كان عن تجريح أو تغليط شاهدي طلاق أمة** ش: يجوز في تجريح التنوين، بل الغالب في مثله الذي لا يحتاج إلى شرط، ويجوز حذف التنوين للإضافة؛ لأن شروط ذلك موجودة. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن عبد السلام: وهذا الصحيح إذا كان السيد مدعيا للطلاق أو غير مكذب للشهود، وإن كان مكذبا للشهود فلا يرجع على شاهدي التجريح بشيء لأنه موافق لهما فيما شهدا به. والله أعلم.

ص: **فالقيمة حينئذ كالإتلاف** ش: يعني [فقيمة[1450]] الثمرة على الرجاء والخوف وقيمة الآبق والبعير الشارد على أقرب صفتهما، فإن ظهر أنه كان ميتا قبل الخلع لم يكن عليهما شيء، ولو ظهر أنه أصابه عيب قبل الخلع لم يلزمهما إلا قيمته كذلك، ويستردان ما يقابل العيب. قاله ابن عبد السلام وابن عرفة وبعضه في التوضيح.

ص: **بلا تأخير للحصول فيغرم القيمة حينئذ** ش: يشير بهذا إلى القول الثاني الذي يقول تؤخر الغرامة حتى تجذ الثمرة ويوجد الآبق والشارد فتؤخذ القيمة حينئذ. ابن عرفة: قال محمد: بل قيمتها يوم جذها الزوج. انتهى.

وقال ابن الحاجب: وقال محمد يؤخر الجميع للحصول فيغرمان ما يحصل. انتهى.

الحديث

....

1449 *- في المطبوع وأيضا فإنه مخالف والمثبت من يحيى439 وميابى149 ويم205 وم68.

1450 *- في المطبوع بقيمة وما بين المعقوفين من سيد29 ويحيى439 وفي يم105 وم69 يعني قيمة الثمرة ص203.

نص خليل
عَلَى الأَحْسَنِ وَإِنْ كَانَ بِعِتْقٍ غَرِمَا قِيمَتَهُ وَوَلاَؤُهُ لَهُ وَهَلْ إِنْ كَانَ لأَجَلٍ يَغْرَمَانِ الْقِيمَةَ وَالْمَنْفَعَةُ إِلَيْهِ لَهُمَا أَوْ تُسْقَطُ مِنْهَا الْمَنْفَعَةُ أَوْ يُخَيَّرُ فِيهِمَا أَقْوَالٌ.

متن الحطاب
ص: على الأحسن ش: راجع إلى القول الأول، ويشير إلى قول ابن راشد القفصي وقول عبد الملك أقيس. انتهى من التوضيح. والله تعالى أعلم.

204 ص: وإن كان بعتق غرما قيمته ش: وإن كان الرجوع عن/ شهادة بعتق بعد الحكم به نفذ ذلك، سواء كان [المعتق[1451]] عبدا أو أمة. ابن عرفة عن كتاب ابن سحنون: إلا أن الأمة إن علمت أن البينة شهدت بزور فلا يحل لها أن تبيح فرجها، وإن لم تعلم فذلك لها. انتهى. وإن استمر السيد مقيما على الجحد وطلب من الشاهدين الراجعين قيمة المشهود بعتقه غرما قيمته. انتهى.

ص: وإن كان ببنوة فلا غرم إلا بعد أخذ المال بإرث ش: تصوره من شارحه ظاهر.

تنبيهان: الأول: انظر لو كان الابن صغيرا يلزم الأب نفقته فهل يرجع الأب على الشاهدين بالنفقة؟ لم أر فيه نصا، والظاهر الرجوع، وهو الذي يظهر من كلام البساطي. والله أعلم.

الثاني: قوله: "بإرث" احترز به مما لو أخذه بدين له أو غصب أو غير ذلك فلا غرم على الشاهدين. قاله البساطي. [والله أعلم.[1452]]

ص: وترك آخر ش: تصوره واضح، ولم يفرع المؤلف على ما إذا تركه فقط ولم يترك ولدا آخر،

205 وذكره ابن الحاجب/ فقال: ولو لم يترك غير [المستلحق[1453]] والمال مائتان وكانت القيمة المأخوذة مائة أخذ [المستلحق[1454]] مائة وبيت المال مائة، ثم غرم الشاهدان مائة أخرى التي فوتاها، فلو طرأ دين مائة أخذت من [المستلحق[1455]] ورجع الشاهدان بمائة على من غرماها له. انتهى. وانظر لو طرأ دين أكثر من مائة هل يؤخذ الفاضل [عن المائة[1456]] التي بيد الولد من مائة القيمة التي بيد الورثة، أو بيد نائب بيت المال؟ لم أر الآن التصريح به، والظاهر الأخذ أخذا من المسألة التي بعد هذه في كلام المؤلف بالأحروية، وإنما تركوا التصريح به لوضوحه. والله أعلم.

ص: أخذ من كل نصفه وكمل بالقيمة ش: ويؤخذ منه لغز وهو أن ذكرين يأخذ أحدهما ثلث تركة والده والآخر الثلثين، وإن طرأ دين على أبيهما غرماه بالسوية هي هذه المسألة إذا فرض مخلف الأب ثلثمائة فمائة للقيمة، وللدين الطارىء مائتان فأقل. والله أعلم. قال البساطي: وإنما قدم الوفاء من المال على القيمة لأنه محقق للميت بخلاف القيمة. والله أعلم.

ص: ورجعا على الأول بما غرمه العبد [للغريم[1457]] ش: بما غرمه العبد للغريم كقول ابن الحاجب: "بما غرمه المستلحق للغريم" ولو عبر المؤلف بالملحق كما فعل ابن الحاجب لكان أوضح، لكن الشارح عبر عن هذا المعنى كما عبر ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح بقولهما: ثم يرجع

الحديث
....

1451 *- في المطبوع المعتوق وما بين المعقوفين من سيد29 ويم105 ويحيى440.

1452 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص204 و يحيى ص97 و م ص69 ويم ص84 ومايابى150.

1453 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1454 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1455 - في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من سيد29.

1456 *- في المطبوع على المائة وما بين المعقوفين من سيد29 ويم105 ومايابى150 وم69 ويحيى440.

1457 - في المطبوع للثاني وما بين المعقوفين من ن عدود ص205 ويحيى ص97 و م ص69 ويم ص84 ومايابى150.

نص خليل

وَإِنْ كَانَ بِعِتْقِ تَدْبِيرٍ فَالْقِيمَةَ وَاسْتَوْفَيَا مِنْ خِدْمَتِهِ فَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِدِهِ فَعَلَيْهِمَا وَهُمَا أَوْلَى إِنْ رَدَّهُ دَيْنٌ أَوْ بَعْضَهُ كَالْجِنَايَةِ وَإِنْ كَانَ بِكِتَابَةٍ فَالْقِيمَةُ وَاسْتَوْفَيَا مِن نُّجُومِهِ وَإِنْ رُقّ فَمن رَّقَبَتِهِ وَإِنْ كَانَ بِإِيلاَدٍ فَالْقِيمَةَ وَأَخَذَا مِنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ عَلَيْهَا وَفِيمَا اسْتَفَادَتْهُ قَوْلاَنِ وَإِنْ كَانَ بِعِتْقِهَا فَلاَ غُرْمَ أَوْ بِعِتْقِ مُكَاتَبٍ فَالْكِتَابَةُ وَإِنْ كَانَ بِبُنُوَّةٍ فَلاَ غُرْمَ إِلاَّ بَعْدَ أَخْذِ الْمَالِ بِإِرْثٍ إِلاَّ أَنْ يَّكُونَ عَبْدًا فَقِيمَتُهُ أَوَّلاً ثُمَّ إِنْ مَّاتَ وَتَرَكَ آخَرَ فَالْقِيمَةُ لِلآخَرِ وَغرمَا لَهُ نِصفَ الْبَاقِي وَإِنْ ظَهَرَ دَيْنٌ يَّسْتَغْرِقُ أخِذَ مِنْ كُلٍّ النِّصْفَ وَكَمَّلَ بِالْقِيمَةِ وَرَجَعَا عَلَى الأَوَّلِ بِمَا غَرِمَهُ الْعَبْدُ لِلْغَرِيمِ وَإِنْ كَانَ بِرِقٍّ لِحُرٍّ فَلاَ غُرْمَ إِلاَّ لِكُلٍّ مَا اسْتُعْمِلَ وَمَالٍ انْتُزِعَ وَلاَ يَأْخُذُهُ الْمَشْهُودُ لَهُ وَوُرِثَ عَنْهُ.

متن الحطاب

الشاهدان على الثابت النسب بما غرماه له لأنهما إنما غرماه له بسبب إتلافهما له بشهادتهما، فلما وجب الدين وجبت التركة له فلم يتلفا شيئا. انتهى. وهو غير واف بشرح كلام المؤلف كما ترى، وحاول البساطي شرح هذا المعنى فقال بعد أن شرح كلام المؤلف بما شرحوه به: فإن قلت: عبارته ليس معناها ما حللتما به وهو ظاهر. قلت: إنما عدل عن ذلك إلى قوله بما غرمه العبد للغريم؛ لأن الدين قد لا يستغرق التركة فلا يخرج من يد الابن الثاني جميع ما أخذ بل يبقى شيء، فلا يرجعان على الأول بما يلزم الثاني للغريم. انتهى. وهو ظاهر إلا أن فرض مسألة المؤلف وابن الحاجب إنما هو طرو دين مستغرق، فلا يلائم حينئذ ما قاله البساطي، ويظهر لي شيء -وإن ساعده النقل كان حسنا- وهو أن الابن المستلحق لما أخذ نصف المال غير القيمة قد يستهلك بعضه قبل ظهور الدين، فإذا ظهر الدين فلا يوجد في يده إلا بعض المال وهو معسر فيأخذ الغريم منه ما وجده في يده فالظاهر هنا أن الشهود لا [يرجعون[1458]] على الأول إلا بما دفعه المستلحق للغريم؛ لأنه قد أتلف بشهادتهما بعض المال فتأمله. وحرر النقل فيه. والله أعلم.

ص: وإن كان برق لحر فلا غرم ش: قال في التوضيح في الرجوع عن الشهادة فيما إذا رجعا عن الشهادة بعبودية شخص: ويتخرج على ما [اتفق[1459]] عليه فقهاء قرطبة في أيام القاضي ابن بشير فيمن باع حرا وتعذر رجوعه وفسخ البيع أن عليه الدية أن يكون هنا عليه الدية. انتهى. وقال ابن عرفة: قلت: هذا يناقض ما ذكره اللخمي وابن رشد. قال في سماع عبد الملك من جامع البيان: من باع حرا وغاب فعليه طلبه حتى يرده فإن عجز عن رده فقيل يغرم [ديته[1460]] للورثة، وكتب بها إلى القاضي بقرطبة فجمع أهل العلم وكتب لقاضيه الذي سأله أن أغرمه دية كاملة.

قلت: وحكاه اللخمي رواية لابن حبيب في ترجمة غصب ما لا يجوز بيعه، وكان يجري الجواب عن المناقضة بأن تسبب الشاهدين في رقه أهون من تسبب البائع في رقه لاستقلال بائعه برقه وعدم

الحديث

....

[1458] *- في المطبوع يرجعان وما بين المعقوفين من سيد29 وم69 ومايابى151 ويحيى440 ويم105.

[1459] - في المطبوع أنفق وما بين المعقوفين من ن عدود ص205 ويحيى ص97 و م ص69 ويم ص85 ومايابى151.

[1460] - في المطبوع دية وما بين المعقوفين من ن عدود ص205 ويحيى ص97 و م ص69 ويم ص85 ومايابى151.

نص خليل

وَلَهُ عَطِيَّتُهُ لاَ تَزَوُّجٌ وَإِنْ كَانَ بِمِائَةٍ لِزَيْدٍ وَعَمْرٍو ثُمَّ قَالاَ لِزَيْدٍ غَرِمَا خَمْسِينَ لِعَمْرٍو فَقَطْ وَإِنْ رَجَعَ أَحَدُهُمَا غَرِمَ نِصْفَ الْحَقِّ كَرَجُلٍ مَعَ نِسَاءٍ وَهْوَ مَعَهُنَّ فِي الرِّضَاعِ كَاثْنَتَيْنِ وَعَنْ بَعْضِهِ غَرِمَ نِصْفَ الْبَعْضِ وَإِنْ رَجَعَ مَنْ يَسْتَقِلُّ الْحُكْمُ بِعَدَمِهِ فَلاَ غُرْمَ فَإِذَا رَجَعَ غَيْرُهُ فَالْجَمِيعُ وَلِلْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ مُطَالَبَتُهُمَا بِالدَّفْعِ لِلْمَقْضِي لَهُ وَلِلْمَقْضِي لَهُ ذَلِكَ إِذَا تَعَذَّرَ مِنَ الْمَقْضِيِّ عَلَيْهِ.

متن الحطاب

استقلال الشاهدين برقه لمشاركة مدعي رقه لهما في ذلك. انتهى. ونحوه لابن عبد السلام، ولم ينقل في التوضيح الجواب، واقتصر على ما تقدم، ويأتي من هذه المسألة وفروعها ألغاز كثيرة ظاهرة من لفظها. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ من كتاب ابن سحنون: إن شهدا على رجل أنه عبد لمن ادعاه والمدعى عليه يجحد فحكم برقه ثم قاطعه المحكوم عليه بمال أخذه منه وأعتقه أو كاتبه عليه فأدى وعتق/ ثم [أقرا[1461]] بالزور غرما للمشهود عليه ما أدى للسيد والحكم ماض والولاء قائم. انتهى. 206

ص: **وله عطيته** ش: يحتمل أن يكون المصدر مضافا للمفعول فيكون المعنى أن ما أعطي له يكون له لا للسيد، وأن يكون مضافا للفاعل، وهو الظاهر يعني به وله عطيته أي المال؛ يعني أن له أن يعطي من ذلك المال الذي تحت يده. والله أعلم. قال ابن عرفة: وإن أعتق من هذا المال عبدا جاز عتقه، وكان ولاؤه بعده لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا، ولا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي.

قلت: كذا وجدته في نسخة عتيقة من النوادر وأنه لا يرثه العبد إن مات ومعتقه حي وهو مشكل إن أريد بالعبد المرجوع عن الشهادة برقه وقد عتق، إلا أن يريد بقوله: "ومعتقه حي" أن المعتق هو من أعتقه العبد المرجوع عن شهادته فتأمل ذلك. انتهى. ونقله صاحب الذخيرة على خلاف ذلك، ونصه: ولو أعتق العبد قبل موته من هذا المال عبدا فإن ولاءه بعد ذلك لمن كان يرث عنه الولاء لو كان حرا، ويرثه العبد إن مات ومعتقه حي. انتهى. وهو كذلك في الجواهر.

تنبيه: وصاياه في هذا المال نافذة من الثلث. قاله في الذخيرة. والله أعلم.

ص: **وإن رجع أحدهما غرم نصف الحق** ش: فلو ثبت الحق بشاهد ويمين ثم رجع الشاهد فهل يلزمه نصف الحق، أو الحق كله؟ اختلاف في ذلك، وهو على الخلاف في القضاء بالحق هل هو مستند للشاهد فقط واليمين [استظهار،[1462]] أو [مستند[1463]] للشاهد واليمين معا، واليمين كالشاهد الثاني؟. قاله في التوضيح في تعارض البينتين في ترجيح الشاهدين على الشاهد واليمين، وذكر الخلاف في اليمين مع الشاهد ابن فرحون في تبصرته. انتهى.

ص: **وهو معهن في الرضاع كاثنتين** ش: فإن قيل كيف يتصور الغرم في الرضاع والحال أنهما إن شهدا/ بالرضاع قبل الدخول انفسخ النكاح بلا مهر، وإن شهدا به بعد الدخول فالمهر للوطء، وإنما فوتا بشهادتهما العصمة وهي لا قيمة لها كما تقدم في الطلاق. فالجواب أنه يتصور ذلك بعد موت الزوج أو 207

الحديث ....

[1461] – في المطبوع يحيى ص97 وم ص69 ويم ص85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص206 ومايابى151.

[1462] – في المطبوع استظهارا أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص206 ويحيى ص98 و م ص69 ويم ص85 ومايلبى151.

[1463] – في المطبوع مستندا ومايابى151 وما بين المعقوفين من ن عدود ص206 ويحيى ص98 و م ص69 ويم ص85.

نص خليل وَإِنْ أَمْكَنَ جَمْعٌ بَيْنَ الْبَيِّنَتَيْنِ جُمِعَ وَإِلاَّ رُجِّحَ بِسَبَبِ مِلْكٍ كَنَسْجٍ وَنَتَاجٍ إِلاَّ بِمِلْكٍ مِنَ الْمُقَاسِمِ أَوْ تَارِيخٍ أَوْ تَقَدُّمِهِ وَبِمَزِيدِ عَدَالَةٍ لاَ عَدَدٍ وَبِشَاهِدَيْنِ عَلَى شَاهِدٍ وَيَمِينٍ أو امْرَأَتَيْنِ.

متن الحطاب الزوجة فيغرم الشاهدان للباقي من الزوجين ما فوتاه من الإرث، ويغرمان للمرأة بعد موت الزوج ما فوتاها من الصداق، وإن شهدا بالرضاع قبل الدخول فيتصور ذلك قبل الدخول من جهة المرأة على القول بأنهما يغرمان نصف الصداق إذا شهدا بطلاق غير المدخول بها ثم رجعا، ويتلمح ذلك من كلام ابن عبد السلام فتأمله. والله أعلم.

208 ص: وإن أمكن جمع بين البينتين جمع ش: هذا /شروع منه رحمه الله في الكلام على تعارض البينتين. قال ابن عرفة: وهو اشتمال كل منهما على ما ينافي [الأخرى[1464]] فمهما أمكن الجمع بينهما جمع كالدليلين، وتتقرر صورة الجمع بمثل قولها، ومن قال لرجل أسلمت إليك هذا الثوب في مائة إردب حنطة، وقال الآخر بل هذين الثوبين [لثوبين[1465]] سواه في مائة [إردب[1466]]، وأقاما جميعا البينة لزمه أخذ الثلاثة في مائتي [إردب[1467]]، ولو قال المسلم إليه أسلمت إلي هذا الثوب الذي ذكرت مع العبد فيما سميت وأقاما البينة قضى بالبينة الزائدة فيأخذ الثوب والعبد وتلزمه المائة [إردب[1468]]. انتهى. ومسألة المدونة التي ذكرها في كتاب السلم الثاني في أواخر ترجمة دفع السلم قبل محل الأجل، وقال ابن يونس إثر قوله في المدونة: لزمه أخذ الثلاثة إلى آخره: يريد سواء كانا في مجلس واحد أو في مجلسين. انتهى.

وقال في التوضيح: مثل عدم التعارض لو شهد واحد أنه أقر بمائة وآخر أنه أقر بخمسين في مجلسين. انتهى. والذي رأيته في نسختين لو شهد واحد، وصواب العبارة أن يقول بينة أو واحدة؛ لأن ما ذكره ليس من باب تعارض البينتين في شيء. ثم قال ابن عرفة: ولابن رشد في سماع يحيى من الشهادات: إن شهدت إحدى البينتين بخلاف ما شهدت به الأخرى مثل أن تشهد إحداهما بعتق والثانية بطلاق، أو إحداهما بطلاق امرأة والثانية بطلاق امرأة أخرى وشبه هذا، فلم يختلف قول ابن القاسم [[1469]] ورواية المصريين [في[1470]] أنه تهاتر من البينتين وتكاذب يحكم فيه بأعدل البينتين، فإن تكافأتا سقطتا، وروى المدنيون [أنه[1471]] يقضى بهما [معا إذا استوتا[1472]] في العدالة أو [كانت[1473]] إحداهما أعدل. انتهى. ثم قال: وقول ابن الحاجب: "ومهما أمكن الجمع جمع" يدل على أنه إن شهدت إحداهما بأنه طلق الكبرى، والأخرى بأنه إنما طلق الصغرى أنه يجمع بينهما، وتقدم من نقل ابن رشد أنه خلاف قول ابن القاسم ورواية المصريين. انتهى. وفي كلامه نظر من وجهين:

الحديث ....

1464 – في المطبوع الاخر وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 و م ص69 ويم ص85 ومايابى152.
1465 – في المطبوع بثوبين وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 و م ص69 ويم ص85 ومايابى152.
1466 – في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج1 ص73، ولسان العرب، ج1 ص416.
1467 – في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج1 ص73، ولسان العرب، ج1 ص416.
1468 – في المطبوع أردب وما بين المعقوفين من القاموس، ج1 ص73، ولسان العرب، ج1 ص416.
1469 – في المطبوع بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 و م ص70 ويم ص85 ومايابى152.
1470 – في المطبوع فإنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 و م ص70 ويم ص85 ومايابى152.
1471 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص208.
1472 – في الأصل ويم ويحيى والمكتبة معا استويتا وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود ومايابى استويا.
1473 – ساقطة من الأصل ويم ويحيى ومايابى152 والمكتبة وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود.

نص خليل ....

متن الحطاب الأول [أن[1474]] ما لزم ابن الحاجب لزمه لأنه صدر في أول كلامه بمثل ما قال ابن الحاجب كما تقدم عنه. الثاني فرضه هو وما نقله [عن[1475]] ابن رشد لا يمكن الجمع فيه؛ لأن فرض [المسألة[1476]] أن البينتين في مجلس واحد، وكل واحدة تنفي أن يكون تكلم لغير ما شهدت به يتبين ذلك بنقل المسألة بلفظها. قال في أثناء المسألة الخامسة من رسم الصبرة من سماع يحيى: قال ابن القاسم: لو أن أربعة نفر شهد منهم رجلان على رجل أنه طلق امرأته وشهد الآخران أنه لم يتفوه في مجلسه ذلك بشيء من الطلاق، ولكنه حلف بعتق غلام له سمياه لم أر لهم شهادة أجمعين في طلاق ولا عتاق لأن بعضهم أكذب بعضا، وهو الذي سمعناه.

قال: وإن اختلفوا فقال بعضهم نشهد أنه طلق امرأته فلانة أو أعتق غلامه فلانا، وقال الآخر نشهد أنه ما ذكر امرأته فلانة حتى تفرقنا، وما حلف بطلاقها ولكنه حلف بطلاق امرأته فلانة يريد امرأة أخرى، أو قال نشهد ما أعتق الذي شهدتم له بالعتاقة ولكنه أعتق فلانا غلاما آخر فإن الشهادة تبطل وتسقط من قول الأولين والآخرين في العتاق والطلاق على هذا النحو؛ لأن بعضهم أكذب بعضا. انتهى. وذكر ابن رشد في شرحها ما نقله ابن عرفة عنه. فتأمله منصفا. والله أعلم بالصواب.

فرع: قال ابن عرفة في كتاب الشهادات في تعارض البينتين: قال في نوازل سحنون في كتاب الشهادات: إن شهدت بينة بقتل زيد عمرا يوم كذا وبينة بأنه كان ذلك اليوم ببلد بعيد عن موضع القتل قضي ببينة القتل. قال ابن رشد: هذا مشهور المذهب، وقاله أصبغ، وقال إسماعيل القاضي

209 يقضى ببينة البراءة إن كانت أعدل، وإن كانتا في العدالة سواء طرحتا، وقاله ابن عبد الحكم./ انتهى.

قلت: قال ابن رشد في شرح هذه المسألة: قال ابن عبد الحكم في أدب القضاء: الذي كنت أسمع فيما كنا نتناظر عليه مع أصحابنا أن شاهدين لو شهدا على رجل أنه أقر عندهم بعرفات يوم عرفة من العام الفلاني لرجل بمائة دينار وشهد [آخران[1477]] أنه كان عندهم بمصر في ذلك اليوم بعينه أن شهادة الذين شهدوا عليه بالمائة أحق وأولى، قالوا لأن هذين شهدوا بحق، ولم يشهد الآخران بحق، ولست أعرف هذا المعنى، والذي أرى إن كان الشاهدان الذان شهدا أنه كان بمصر في ذلك الوقت أعدل أن لا يكون له شيء، ألا ترى أنه لو شهدا على رجل بحق أقر به عندهما في سنة مائتين وشهد شاهدان أعدل منهما أنه مات قبل ذلك بشهر أنه جرحة ولو كانتا في العدالة سواء لطرحتهما، وكذلك لو شهدوا أنه ولد بعد المائتين. قال ابن رشد: لكلا القولين وجه وحظ من النظر، وستأتي هذه الكلمة في نوازل أصبغ فنتكلم عليها. انتهى.

الحديث ....

[1474] - ساقط من المطبوع و م ص70 وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 ويم ص85 ومايابى152.

[1475] - ساقط من المطبوع ومايابى 152 وما بين المعقوفين من ن عدود 208.

[1476] - في المطبوع المسألتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص208 ويحيى ص98 و م ص70 ويم ص85 ومايابى152.

[1477] - في المطبوع آخر وم70 ويم106 وما بين المعقوفين من ن ذي 209 ويحيى441.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت:** زاد في النوادر عن المجموعة وكتاب ابن سحنون ما نصه: قال سحنون إلا أن يشهد مثل أهل الموسم في جماعتهم أنه أقام لهم الحج ذلك اليوم، أو أهل مصر أنه صلى بهم العيد ذلك اليوم فيبطل القتل؛ لأن أهل الموسم لا يجتمعون على الغلط ولا يشتبه عليهم، وقد يشتبه على الشاهدين وأكثر من ذلك. [انتهى.[1478]]

قلت: ذكره لأهل الموسم وأهل مصر يقتضي أنه لا ترد شهادة الشاهدين إلا بمثل ذلك العدد، والظاهر أنه ليس مقصودا لذاته، فإذا شهد جماعة يستحيل تواطؤهم على الكذب فالظاهر بطلان شهادة الشاهدين، ولا ينضبط ذلك بعدد، ويشهد لذلك ما ذكره ابن عرفة في الكلام على الترجيح بالعدد، ونصه: وفي لغو الترجيح بالكثرة واعتباره قوله ورواية ابن حبيب، وفيها لابن القاسم: لو شهد لهذا شاهدان ولهذا مائة وتكافؤا في العدالة لم ترجح بالكثرة. اللخمي والمازري: محمله على المغياة ولو كثروا حتى يقع العلم بصدقهم لقضى بهم. انتهى.

[**قلت:**[1479]] ونص ما أشار إليه ابن رشد في نوازل أصبغ على اختصار ابن عرفة إن شهدت بينة بزنى رجل بمصر في المحرم يوم عاشوراء، وأخرى أنه كان ذلك اليوم بالعراق حد، وكذا لو شهدت بينة أنه قتل فلانا بمصر وشهدت أخرى أنه قتل فلانا بالعراق قتل بهما. ابن رشد: تفرقة أصبغ هذه على قياس مشهور قول ابن القاسم إن البينتين إذا اختلفتا بالزيادة أعملت ذات الزيادة [وإن اختلفتا[1480]] في الأنواع سقطتا إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها.

وقال أيضا: إن اختلفتا بالزيادة سقطتا إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها كاختلاف الأنواع، فلزم على قياس هذا إن شهدت الأخرى أنه زنى ذلك اليوم بالعراق أن تسقط إلا أن تكون إحداهما أعدل فيقضى بها كما لو شهدت أنه سرق ذلك اليوم بالعراق، وهو الذي يوجبه القياس لتكذيب كل بينة الأخرى، وتعليل أصبغ لإقامة الحد والقتل بأنه يعلم صدق إحدى البينتين غير صحيح؛ لأنه إذا علم أن إحداهما كاذبة واحتمل أن تكون كل واحدة منهما هي الكاذبة احتمل كذبهما معا، وإذا احتمل كذبهما معا أو كذب إحداهما لم يصح الحكم بأن إحداهما صادقة، إلا أن تكون هي أعدل، وإلى هذا نحا ابن عبد الحكم على ما ذكرنا عنه في نوازل سحنون، ويأتي على قياس الأخوين عن مالك في البينتين إذا شهدت إحداهما بخلاف ما شهدت به الأخرى، [واستوتا[1481]] في العدالة أنه يقضى بشهادتهما معا أنه يحد للزنا والسرقة إذا شهدتا به معا وهو بعيد جدا. انتهى.

تنبيه: قال القرافي: ولا يقضى بأعدل البينتين إلا في الأموال. قاله في كتاب الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام، ونقله ابن فرحون، وهو مخالف لما ذكرناه من سماع يحيى، ونقله ابن عرفة فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[1478] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص209 ويحيى ص99 و م ص70 ويم ص86 ومايابى153.

[1479] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص209 ويحيى ص99 و م ص70 ويم ص 86 ومايابى153.

[1480] *– في المطبوع وإن اختلفت وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج10 ص202.

[1481] *– في المطبوع واستويا وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج10 ص203.

نص خليل

وَبِيَدٍ إن لَّمْ تُرَجَّحْ بَيِّنَة مُقَابِلِهِ فَيَحْلِفُ وَبِالْمِلْكِ عَلَى الْحَوْزِ وَبِنَقْل عَلَى مُسْتَصْحِبَةٍ وَصِحَّة الْمِلْكِ بِالتَّصَرُّفِ وَعَدَمِ مُنَازِع وَحَوْزِ طَالَ كَعَشَرَةِ أَشْهُرٍ وَأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ مِلْكِهِ فِي عِلْمِهِمْ وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى الْكَمَالِ فِي الأَخِيرِ لاَ بِالاشْتِرَاءِ وَإِنْ شُهِدَ بِإِقْرَارٍ اسْتُصْحِبَ وَإِنْ تَعَذَّرَ تَرْجِيحٍ سَقَطَتَا وَبَقِيَ بِيَدِ حَائِزِهِ أَوْ لِمَنْ يُقِرُّ لَهُ وَقُسِمَ عَلَى الدَّعْوَى إن لَّمْ يَكُنْ بِيَدِ أَحَدِهِمَا كَالْعَوْلِ وَلَمْ يَأْخُذْهُ بِأَنَّهُ كَانَ بِيَدِهِ وَإِن ادَّعَى أَخٌ أَسْلَمَ أَنَّ أَبَاهُ أَسْلَمَ فَالْقَوْلُ لِلنَّصْرَانِي وَقُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْمُسْلِمِ إلاَّ بِأَنَّهُ تَنَصَّرَ أَوْ مَاتَ إنْ جُهِلَ أَصْلُهُ فَيُقْسَمُ كَمَجْهُولِ الدِّينِ وَقُسِمَ عَلَى الْجِهَاتِ بِالسَّوِيَّةِ وَإِنْ كَانَ مَعَهُمَا طِفْلٌ فَهَلْ يَحْلِفَانِ وَيُوقَفُ الثُّلُثُ فَمَنْ وَافَقَهُ أَخَذَ حِصَّتَهُ وَرُدَّ عَلَى الآخَرِ وَإِن مَّاتَ حَلَفَا وَقُسِمَ أَوْ لِلصَّغِيرِ النِّصْفُ وَيُجْبَرُ عَلَى الإِسْلاَمِ قَوْلاَنِ وَإِنْ قَدَرَ عَلَى شَيْئِهِ فَلَهُ أَخْذُهُ إنْ يَكُنْ غَيْرَ عُقُوبَةٍ وَأَمِنَ فِتْنَةً وَرَذِيلَةً.

متن الحطاب

ص: وبيد ش: قال القرافي في كتاب الدعاوى:

210

تنبيه: اليد عبارة عن القرب والاتصال، فأعظمها ثياب الإنسان التي عليه ونعله ومنطقته، ويليه البساط الذي هو جالس عليه، والدابة التي هو راكبها وتليه الدابة التي هو سائقها أو قائدها والدار التي هو ساكنها فهي دون الدابة لعدم الاستيلاء على جميعها. قال بعض العلماء: فيقدم أقوى اليدين على أضعفهما، فلو تنازع الساكنان الدار سوى بينهما بعد أيمانهما، [والراكب[1482]] والسائق قيل يقدم الراكب مع يمينه. انتهى. فتأمله. والله أعلم.

ص: وبالملك على الحوز ش:

مسألة: إذا شهد شاهدان بملك لرجل وشهدا لمن هو بيده بالحيازة فنقل ابن سهل في مسائل الأقضية عن ابن عتاب أن شهادتهم جائزة، ولا يضرها اجتماعها فيها؛ لأنهم شهدوا في الأمرين بعلمهم ورأوا حيازة يحتمل أن تكون بإرفاق أو توكيل أو ابتياع، وليس يلزمهم الكشف عن ذلك.انتهى.

ص: وبنقل على مستصحبة ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر. قال في كتاب الشهادات من المدونة: ومن أقام بينة في دار أنه ابتاعها من فلان وأنه باعه ما ملك وأقام من هي في يده بينة أنه يملكها قضي بأعدلهما، وإن تكافأتا سقطتا، وبقيت الدار بيد حائزها. أبو الحسن: لا بد من فصلين أنه ابتاعها منه وأنه باعه ما ملك، وإذا لم يذكر في العقد إلا الشراء دون هذه اللفظة لم تعارض الحوز والبينة بل لا تعارض إلا الحوز وحده.

قال ابن أبي زمنين: قف على هذه اللفظة فإنه أصل جيد وعليه تدور أحكامهم، وفائدته إذا كان في عقد [الشراء ذكر[1483]] التاريخ ثم استحقت الدار لم يحتج المشتري إلى إثبات الملك ثانية؛ إذ قد يطول الزمان وتموت البينتان، ولو قال المشتري للبائع أعطني عقد الشراء فذلك له، وفائدته إذا طرأ الاستحقاق رجع المشتري بالثمن على من وجد منهما، وفائدته أيضا خوف أن يدعي البائع الأول أنه لم يبع قط وله في الاستحقاق الرجوع على غريم الغريم، وكذلك الرد بالعيب. الشيخ: والعمل اليوم على أخذ النسخة وهو الحزم، وفي النوادر: وإذا شهدت البينة بالشراء لا ينتفع إلا أن يشهدوا له بطول الملك والحوز والتصرف وأن لا منازع، سواء أثبت ذلك بشهود الشراء أو بغيرهم، سواء ذكروا الشراء أم لا.انتهى.

ص: وصحة الملك بالتصرف وعدم منازع وحوز ش: أي وشرط صحة الشهادة بالملك أن يكون ذلك لكونه رأى المشهود له يتصرف في الشيء المشهود به تصرف الملاك في أملاكهم من غير منازع.

211

/ ص: وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم وتؤولت أيضا على الكمال ش: قال ابن الحاجب: ويشترط في بينة الملك بالأمس مثلا أنه لم يخرج عن ملكه في علمهم.

الحديث

....

[1482] – مرض عليها عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما بين المعقوفين وهو الذي في يحيى442.

[1483] *– في المطبوع الشراء عند ذكر وما بين المعقوفين من يحيى442.

نص خليل ....

متن الحطاب 212 قال في التوضيح: قوله بالأمس تنبيه بالأخف على الأشد؛ لأنه إذا اشترط هذا/ في أقرب الأيام الماضية مع بعد خروج الملك من يد مالكه في هذا الزمان القريب [فلأن[1484]] يشترط في أبعد من ذلك من باب أولى، وهذا الشرط الذي ذكره هو ظاهر ما في الشهادات في المدونة وفيها من تمام شهادتهم أن يقولوا ما علمناه باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه. قال مالك: وليس عليه أن يأتي ببينة تشهد على البت أنه ما باع ولا وهب، ولو شهدت البينة بذلك كانت زورا وبهذا الظاهر.

قال ابن القاسم: لأنه قال فإن أبوا أن يقولوا ما علموه باع ولا وهب ولا تصدق فشهادتهم باطلة، وظاهر ما في العارية من المدونة أنه ليس بشرط قال: وإن شهدوا أن الدار له لم يقولوا لا نعلم أنه ما باع ولا وهب فإنه يحلف ما باع ولا وهب ولا تصدق ويقضى له. ابن عبد السلام: وقد أكثر الشيوخ هل كلامه في المدونة متناقض أم لا؟ وهل تقبل شهادة هؤلاء الذين شهدوا بالبت مع إطلاقها عليها بالزور، أو يفصل فيهم بين أن يكونوا من العلماء فلا تقبل، أو يكونوا من عوام الناس فتقبل؟ وإلى هذا ذهب الشيخ أبو محمد وأبو عمران، والذي قاله أبو إبراهيم وأبو الحسن أن ما في الشهادة شرط كمال.

أبو الحسن: إلا أن تكون الشهادة على ميت فذلك شرط صحة، ومراده بقوله: كانت زورا أنها غير مقبولة، ولا يختلف أنهم لا يلزمهم ما يلزم شهود الزور.

فرع: من أقام بينة على شيء فقضي له به ثم أقام المدعى عليه بينة بخلاف ما شهدت به البينة الأولى فإنه من تعارض البينتين وينظر في أعدلهما، وكذلك إن أقام شخص بينة على شيء فقضي له به ثم أتى آخر فأقام بينة مثل بينة الأول فإنه ينظر فيهما. قال في النوادر في الذي يدعي الشيء فيقيم بينة فيحكم له به ثم يدعيه آخر فيقيم بينة على مثل ذلك: ليس على الأول إعادة بينة، ولا يرد الشيء إلى المقضي عليه أولا ولكن يقضى به لأعدل البينتين.انتهى بالمعنى من كتاب الدعوى والبينات في الترجمة المذكورة وما قبلها. وفي نوازل ابن رشد في المسألة الثالثة والثلاثين من مسائل الدعوى والخصومات نحو ذلك فانظره.

ونقل البرزلي عنه في مسائل الضرر نحو ذلك، ونصه: إذا ثبت حكم القاضي بقطع جري الماء في الطريق ببينة عادلة لا مدفع فيها بطل حق أصحاب الجنات، إلا أن يقدروا على قطع ضرر الطريق أو يثبتوا أنه ليس بضرر على الطريق ببينة أعدل من الأولى أو تجريح شهود العقد الذين حكم بهم الحاكم فهم حينئذ أحق بالماء. انتهى. وهي المسألة التي أشرنا إليها في نوازل ابن رشد، وفي المسألة الثامنة من مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد ما يدل على ذلك في بينة شهدت برشد شخص وحكم القاضي بترشيده، ثم بعد مدة شهدت بينة أعدل منها بأنه لم يزل متصل السفه أنه يحكم بسفهه، وذكر فيها فائدة أخرى؛ وهي أن أفعاله من يوم حكم القاضي بترشيده إلى يوم الحكم بتسفيهه جائزة ماضية. والله أعلم./ 213

الحديث ....

[1484] – في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص212 ويحيى ص99 و م ص71 ويم ص 86 ومايابى154.

نص خليل

وَإِنْ قَالَ أَبْرَأَنِي مُوَكِّلُكَ الْغَائِبُ أُنْظِرَ وَمَنِ اسْتَمْهَلَ لِدَفْعِ بَيِّنَةٍ أُمْهِلَ بِالاجْتِهَادِ كَحِسَابٍ وَشِبْهِهِ بِكَفِيلٍ بِالْمَالِ كَأَنْ أَرَادَ إِقَامَةَ ثَانٍ أَوْ بِإِقَامَةِ بَيِّنَةٍ فَبِحَمِيلٍ بِالْوَجْهِ وَفِيهَا أَيْضًا نَفْيُهُ وَهَلْ خِلَافٌ أَوِ الْمُرَادُ وَكِيلٌ يُلَازِمُهُ أَوْ إِن لَّمْ تُعْرَفْ عَيْنُهُ تَأْوِيلَاتٌ.

متن الحطاب

ص: وإن قال أبرأني موكلك الغائب انتظر ش: هكذا في أكثر النسخ، ويعني به إذا قال المدعى عليه لوكيل المدعي قد أبرأني موكلك الغائب من الحق الذي تدعي به فإن المدعى عليه ينظر حتى يحلف الموكل الغائب أنه ما أبرأه، وظاهره سواء كانت غيبته قريبة أو بعيدة، وهذا القول ذكره ابن الحاجب، وعزاه لابن القاسم، وحكاه اللخمي في آخر كتاب الشهادات بلفظ قيل ولم يعزه لابن القاسم ولا لغيره، لكنه قال بعده إنه الأصل.

وذكر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب الشهادات هذا القول عن اللخمي، وقال إنه ذكره بقيل، وذكره ابن رشد في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية، وفي رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات فيمن وكل على طلب عبد بمصر وأقام البينة أنه لموكله فإنه لا يقضى له به حتى يحلف الموكل أنه ما باع ولا وهب، سواء كان الموكل قريبا أو بعيدا، والمنصوص لابن القاسم في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات في مسألة دعوى المطلوب القضاء أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر إلى لقي صاحب الحق، ومثله دعوى الإبراء كما سيأتي بيانه، ولم يفرق بين الغيبة القريبة والبعيدة، لكن نقل في النوادر في ترجمة المقضي له بالسلعة هل يحلف، وقال محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب دينا [فثبت[1485]] له فقال المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه فإنه ينظر؛ فإن كانت غيبته قريبة انتظر حتى يقدم وكتب إليه، وإن كانت بعيدة فإنه يدفع الحق الساعة، ويقال للمقضى عليه إذا اجتمعت مع الطالب فحلفه وكتب له القاضي بذلك كتابا يكون بيده، فإن مات المقضي له حلف أكابر ورثته على مثل ذلك، ولا يحلف الصغار وإن كبروا بعد موته. انتهى. وكذلك نقل ابن رشد عن ابن عبد الحكم أنه فرق بين الغيبة القريبة والبعيدة فقال إنه يؤخر في القريبة حتى يكتب للموكل فيحلف، ولا يؤخر في البعيدة ويقضى عليه بالحق. قال ابن رشد: وقوله: عندي تفسير لقول ابن القاسم. زاد في كتاب الأقضية في الرسم المذكور فقال: لا خلاف أنه لا يقضى له في الغيبة القريبة إلا بعد يمين الموكل.

وقال ابن كنانة: إن كانت الغيبة قريبة كاليومين انتظر الموكل حتى يحلف، وإن كانت الغيبة بعيدة حلف الوكيل على أنه ما يعلم موكله قبض من الحق شيئا ويقضى له، وذكر ابن فرحون في تبصرته في الباب العاشر من القسم الثاني أن صاحب معين الحكام حكى عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة، وذكر في التوضيح عن ابن المواز أنه يقضى على المطلوب وترجى له اليمين على الموكل، فإذا لقيه حلفه، فإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما دفع، وذكر هذا القول أيضا ابن عبد السلام لكنه لم يعزه لابن المواز.

214 قال: فعلى القول الذي/ نقلناه عن ابن القاسم في سماع عيسى ابن رشد قيده بالغيبة البعيدة كما

الحديث ....

[1485] – في المطبوع ببينة وما بين المعقوفين من ن ذي ص 213 ومايابى155 ويحيى ص100 وم ص71 ويم ص109.

نص خليل

....

متن الحطاب

تقدم، وأما ما ذكره في آخره من تحليفه للموكل إذا لقيه فلا يخالف فيه ابن القاسم ولا ابن كنانة أيضا، فتحصل من هذا أنه في الغيبة القريبة ينظر المطلوب حتى يحلف الموكل بلا خلاف على ما نقله ابن رشد، وأما الغيبة البعيدة فالمنصوص فيها لابن القاسم وابن عبد الحكم وابن المواز وابن كنانة أنه يقضى على المطلوب بالحق ولا يؤخر، لكن ابن كنانة يقول لا يقضى عليه حتى يحلف الوكيل على نفي العلم، ومقابل المنصوص القول الذي حكاه اللخمي بقيل، وخرجه ابن رشد من يمين الاستحقاق.

تنبيهات: الأول: إذا علم ذلك فقول المصنف: "انتظر" كما هو الموجود في غالب النسخ مشكل؛ لأنه يقتضي أنه ينظر في الغيبة البعيدة، وقد علمت أنه خلاف المنصوص لابن القاسم، وقد اعترض ابن عرفة على ابن الحاجب في عزوه لابن القاسم، وعلى ابن عبد السلام في قبوله ذلك فإنه خلاف ما قال ابن القاسم في سماع عيسى، وأن كلام ابن رشد يقتضي أنه غير المنصوص وإنما هو مخرج على ما في نوازل عيسى لكن قد علمت أن اللخمي حكاه بقيل، فكان ينبغي للمصنف أن يقول: وإن قال أبرأني موكلك الغائب أو قضيته لم ينتظر في البعيدة، بخلاف القريبة فيؤخر كيمين القضاء، ويوجد في بعض النسخ، وعليها تكلم ابن غازي ما صورته وإن قال أبرأني موكلك الغائب أنظر في القريبة، وفي البعيدة يحلف الوكيل ما علم بقبض موكله ويقضى له، فإن [حلف استمر[1486]] القبض، وإلا حلف المطلوب واسترجع ما أخذ منه فقال الشيخ ابن غازي: أما حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة، وقال ابن عبد السلام إنه بعيد جدا لأنه يحلف لينتفع غيره، وأما ما بعده من الكلام فإنما ساقه ابن عبد السلام قولا آخر، ولم يزد في توضيحه على نسبته لابن المواز، وأنت تراه هنا ركب هذه الفتوى من القولين. فتأمله. انتهى.

قلت: أما ما ذكره من حلف الوكيل فهو قول ابن كنانة كما ذكر، وهو ضعيف، وأما ما ذكره بعد فقد تقدم أن ابن كنانة وابن القاسم وابن المواز القائلين بأنه يقضى عليه ولا يؤخر لا يخالفون في أنه إذا لقي الموكل له أن يحلفه على ما ادعاه وكيله، فإن حلف مضى، وإن نكل حلف المطلوب واسترجع ما كان غرمه، وهذا بين فتأمله، فهذه النسخة حسنة موافقة للراجح من الأقوال، إلا ما ذكره في حلف الوكيل فإنه قول ابن كنانة.

الثاني: لا فرق بين أن يقول المطلوب أبرأني موكلك كما فرض المصنف المسألة وابن الحاجب وغيرهما، أو يقول قضيته الحق الذي تدعي به أو بعضه كما فرض المسألة في سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

الثالث: إذا قضي على المطلوب بالحق ثم لقي الموكل فاعترف بما ادعاه المطلوب من الإبراء أو القضاء، أو نكل عن اليمين وحلف المطلوب على ذلك فله أن يرجع بالحق الذي قضي به عليه على الوكيل أو على الموكل. قاله ابن رشد في كتاب البضائع والوكالات. قال: فإن رجع على صاحب الحق رجع صاحب الحق على الوكيل إلا أن يدعي أنه دفع ذلك إلى الموكل ويقيم على ذلك البينة.

الحديث

....

[1486] – في المطبوع ومايابى156 حلف واستمر وما بين المعقوفين من ن عدود ص214 ويحيى ص100 و م ص71.

نص خليل ....

متن الحطاب

قلت: وإن رجع على الوكيل فلا كلام إلا أن يدعي أنه دفع ذلك لموكله فله مطالبته به. والله أعلم.

الرابع: أما يمين الاستحقاق فقال ابن رشد في كتاب الأقضية في الرسم المذكور من سماع عيسى إنه إن كانت الغيبة قريبة فلا اختلاف أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد حلف موكله، وإن كانت بعيدة فالذي في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات أنه لا يقضى للوكيل إلا بعد حلف موكله، وحكى ابن حبيب في الواضحة عن أصبغ أنه يقضى للوكيل إذا كانت الغيبة بعيدة كما في مسألة دعوى القضاء والإبراء، وقال ابن كنانة يحلف الوكيل على العلم ويقضى له كما في المسألة السابقة، فتحصل أنه لا يقضى للوكيل في/ الغيبة القريبة إلا بعد يمين موكله في المسألتين بلا خلاف، وأما في الغيبة البعيدة فقيل يقضى للوكيل في المسألتين حملا لمسألة الاستحقاق على مسألة دعوى القضاء والإبراء، وهو قول أصبغ وإليه ذهب ابن أبي زيد. قاله ابن رشد في كتاب الأقضية. 215

وقيل لا يقضى له في المسألتين حتى يكتب إلى موكله فيحلف حملا لمسألة دعوى القضاء والإبراء على مسألة يمين الاستحقاق، وقيل يقضى للوكيل بعد حلفه على العلم في المسألتين فهذه ثلاثة أقوال، والقول الرابع [الفرق[1487]] بين يمين الاستحقاق ويمين دعوى القضاء والإبراء. قال ابن رشد في كتاب الأقضية: وإليه ذهب بعض المتأخرين، وقال في نوازل [عيسى[1488]] من كتاب البضائع [والوكالات:[1489]] وهو الأظهر الذي يعزى إلى ابن القاسم؛ لأن اليمين في الاستحقاق من تمام الشهادة لا يتم الحكم إلا بها ويمين صاحب الدين أنه ما اقتضى من دينه شيئا إنما تجب بدعوى الغريم أنه قد قضى فيقال له أد الدين إلى الوكيل واستحلف صاحبك إذا لقيته على دعواك.

الخامس: هذا الذي ذكرناه في هذه المسألة يقتضي أنه ليس على القاضي أن يستحلف الموكل على قبض حقه الغائب أنه ما قبض منه شيئا، وأنه يكتب له بها دون يمين، سواء خرج أو وكل. قال ابن رشد: وهو ظاهر ما في رسم حمل صبيا من سماع عيسى من كتاب البضائع والوكالات وما في نوازل أصبغ منه، وهو خلاف ما في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية أنه لا يكتب له حتى يستحلفه في الوجهين خرج أو وكل أنه ما اقتضى ولا أحال ولا قبل قال: وعلى الرواية الأولى جرى العمل؛ لأنه يقول للقاضي لا تحلفني فلعله لا يدعي أنه قضاني شيئا، وقيل إنه يستحلفه إذا وكل ولا يستحلفه إذا خرج. قال ابن رشد: هذا أولى الأقوال وأعدلها. هذا ملخص كلام ابن رشد في سماع عيسى في الموضعين المذكورين في نوازل عيسى من كتاب البضائع والوكالات.

السادس: قال في التوضيح: كلام ابن الحاجب يقتضي أن قول ابن كنانة خلاف لقول ابن القاسم وحمل غير واحد قوليهما على الوفاق، وأن ابن القاسم يوافق على الانتظار في المدة القريبة. انتهى.

قلت: هذا سهو منه رحمه الله، فإن القول الذي نقله ابن الحاجب عن ابن القاسم [بالانتظار[1490]]

الحديث ....

[1487] – في المطبوع لا فرق وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويحيى ص101 و م ص72 ومايابى157.

[1488] – في المطبوع سحنون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى157 والبيان ج8 ص192.

[1489] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويحيى ص101 و م ص72 ومايابى157.

[1490] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 (وفي يحيى101 وم72 ومايابى157 بالانتظار).

نص خليل وَيُجِيبُ عَنِ الْقِصَاصِ الْعَبْدُ وَعَنِ الأَرْشِ السَّيِّدُ.

متن الحطاب في الغيبة القريبة والبعيدة فهل يشك أحد أن ابن القاسم يقول بالانتظار في الغيبة على هذا القول؟ فتأمله.

السابع: لو كان الدين على غائب أو ميت فقال في النوادر في ترجمة المقضي له بالسلعة هل يحلف ولو كان الحكم بالدين على غائب أو ميت لم يقض للطالب حتى يحلف أنه ما قبض منه شيئا ولا من أحد بسببه؛ لإمكان أن يدعي الغائب أو الميت ذلك، ولو كان الدين لميت قام به ورثته على غائب أو ميت فلا بد أن يحلف أكابرهم أنهم ما يعلمون وليهم قبض من المقضي عليه ولا من أحد بسببه، ولو كان المطلوب حيا لم يحلفوا حتى يدعي ذلك على الميت أو عليهم، وقاله محمد بن عبد الحكم في وكيل الغائب يطلب دينا فيثبت له فقال المطلوب بقي من حقي أن يحلف لي المحكوم له أنه ما قبضه إلى آخر كلامه المتقدم.

فرع: إذا كان الحق [الذي[1491]] على الغائب أو الميت مؤجلا وقام الطالب عند حلول الأجل فلا بد من يمين القضاء كما نص عليه ابن فرحون في تبصرته، وسمعت أن بعض القضاة أسقط اليمين في ذلك محتجا بكونه لم يتوجه طلبه إلى الآن، وهذا باطل لأن يمين القضاء للتهمة وهي موجودة. والله أعلم. ويشهد لذلك ما ذكره البرزلي في مسائل الأقضية عن المازري، ونصه: وسئل المازري عمن أوصى في مرضه الذي توفي بأثره أن في ذمته من كراء دار كذا كذا ثم وصل وكيل من رب الدار في المركب يطلب تلك الدنانير فهل يلزم الموكل يمين مع أنه ببلاد المشرق ولم يمض من المدة ما يقتضي أنه قبض فيها شيئا من وقت اعترف له الميت وطلب وصي الأيتام الحكم في ذلك ما تراه؟ فأجاب: إذا لم تطل حياة/ المقر من حين إقراره بل مات في زمن لا يمكن القضاء فيه، وليس بينهما من الوصلة ما يقتضي أن الموكل وهبه ذلك وهو غائب غيبة بعيدة لم يوقف الحق لأجل يمينه؛ لأنها يمين استظهار وبعد غيبته والقرائن المذكورة تدل على عدم قضاء الحق أو إسقاطه بالهبة. انتهى. فلم يسقط عنه اليمين مع القرائن الدالة على عدم القضاء، بل جعل القرائن مقتضية لعدم إيقاف الحق لأجل اليمين إذا كانت الغيبة بعيدة. والله أعلم.

216

ص: ويجيب عن القصاص العبد وعن الأرش السيد ش: قال ابن فرحون في التبصرة في الفصل الثالث في تقسيم المدعى عليهم: مسألة: ومن أنواع المدعى عليهم العبد، فإذا ادعي عليه بما يوجب القصاص فيلزمه الجواب، وإن ادعي عليه بما يوجب الأرش فيطلب الجواب من السيد، وإن ادعي عليه بما يوجب المال فيطلب الجواب من العبد، فإن أقر وكان مأذونا فهو كالحر وإن لم يكن مأذونا وقف إقراره على سيده فيرده أو يلزمه إياه، فإن أعتق قبل أن يعلم ما عند السيد لزمه الدين، ولا يحكم القاضي بإلزام الدين ذمته حتى يثبت عنده ما عند السيد فيه من إلزام أو إسقاط، وذلك بعد أن يثبت عنده حال العبد من إذن أو حجر، فإن لم يثبت عنده شيء فهو على الحجر حتى يثبت عنده خلافه. [انتهى.[1492]]

الحديث ....

[1491] – ساقط من المطبوع و م ص72 وما بين المعقوفين من ن عدود ص215 ويحيى ص101 ويم ص 88 ومايابى158.

[1492] – ساقط من المطبوع و يحيى ص102 وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويم ص 88 و م ص72 ومايابى158.

نص خليل وَالْيَمِينُ فِي كُلِّ حَقٍّ بِاللهِ الَّذِي لاَ إِلَهَ إِلاَّ هُوَ وَلَوْ كِتَابِيًّا وَتُؤُوِّلَتْ عَلَى أَنَّ النَّصْرَانِي يَقُولُ بِاللهِ فَقَطْ.

متن الحطاب **فرع:** قال مطرف: إذا شهد للمأذون شاهد بحق ونكل لا [يحلف سيده، [1493]] ونكوله كإقراره جائز، فإن مات حلف السيد لأنه ورثه.

فرع: قال مالك: الرسول لقبض الثمن ينكر القبض من المبتاع يحلف الرسول مع الشاهد، فإن تعذر لصغر ونحوه حلفت أنك ما تعلم وصوله لرسولك وتستحق.

فرع: قال في الموازية: إن بعت لابنك الصغير حلفت مع الشاهد فإن رددت اليمين على المشهود عليه حلف وبرىء وغرمته، وكذلك يغرم الوصي إذا ادعى غريم الميت الدفع للوصي، فرد الوصي اليمين على الغريم لجنايته برد اليمين.

فرع: قال مالك: إذا استحق من يدك ما اشتراه شريكك الغائب المفاوض وشهد شاهد أن شريكك اشتراه حلفت أنت معه.

فرع: قال ابن كنانة: إن وكلته وثبتت الوكالة وجحد البائع وشهد شاهد حلفت معه، وإن لم تثبت الوكالة حلف الوكيل. انتهى جميع الفروع من الذخيرة من كتاب الأيمان عند الأقضية.

ص: **واليمين في كل حق بالله الذي لا إله إلا هوش:** قد يتبادر أنه لا بد أن يكون في اليمين حرف القسم [فيها الباء، [1494]] لأن غالب من وقفت على كلامه من أهل المذهب يقول لما[تكلم [1495]] على صفة اليمين، واليمين بالله الذي لا إله إلا هو، أو يقول وصفة اليمين أن يقول بالله الذي لا إله إلا هو ونحو ذلك، إلا أن الظاهر أنه لا فرق بين الباء وغيرها من حروف القسم، لكنني لم أقف على نص في التاء الفوقية، وأما الواو فغالب من رأيت كلامه من أهل المذهب كاللخمي وابن فرحون وابن عرفة والجزيري والشيخ زروق في شرح الإرشاد وغيرهم يقولون بعد كلامه المتقدم، واختلف إذا قال والله ولم يزد أو قال والله الذي لا إله إلا هو، وقال الشيخ أبو الحسن: قال أشهب وإن حلف [فقال و الذي [1496]] لا إله إلا هو لم يقبل منه، وكذا إذا قال والله فقط فلا يجزئه حتى يقول والله الذي لا إله إلا هو. اللخمي: والذي يقتضيه قول مالك أنها أيمان. انتهى.

ورأيت في الجزولي الكبير في قول الرسالة: "واليمين بالله الذي لا إله إلا هو" انظر إذا قال والله بالواو فهل يجزئه؟ قاله أشهب، أو لا يجزئه قاله ابن القاسم؟ وانظر أيضا إذا اقتصر على قوله والله أو بالله ولم يقل الذي لا إله إلا هو هل يجزئه أو لا؟ قولان، وانظر إذا قال/ بالذي لا إله إلا هو ولم يقل بالله فهل يجزئه أم لا؟ فعلى قول ابن القاسم لا يجزئه، وعلى قول أشهب يجزئه. انتهى. وهذا الذي ذكره غريب مخالف لجميع ما رأيته؛ لأن المنقول عن أشهب أنه لا يجزئه، كما نقله اللخمي وغيره ممن تقدم ذكرهم وغيرهم، ومما يدل على أن الذي ذكره الجزولي؛ أعني الخلاف في الواو لا 217

الحديث ....

1493 – في المطبوع السيد وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويحيى ص102 ويم ص 88 و م ص72 ومايابى158.

1494 *– في المطبوع فيه بالباء وما بين المعقوفين من يم109 ويحيى445 وسيد30 وم72 ومايابى158.

1495 *– في المطبوع يتكلم وما بين المعقوفين من يحيى445.

1496 – في المطبوع الله وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويحيى ص102 ويم ص 88 و م ص72 ومايابى159.

نص خليل ....

متن الحطاب يعرف ما ذكره في الجواهر فإنه صدر الكلام بالواو فقال: أما الحلف فهو والله الذي لا إله إلا هو ولا يزاد على ذلك في شيء من الحقوق ثم نقله بالباء بعد ذلك، وذكر القرافي في ذخيرته لفظ الجواهر المتقدم، ثم قال بعده: وقاله في الكتاب -يعني المدونة- والذي فيها إنما هو بالباء، فدل أنه لا فرق بين الباء والواو، وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: والصحيح من المذهب الإجزاء بقول والله الذي لا إله إلا هو. انتهى. وفي المنتقى للباجي: واتفق أصحابنا على أن الذي يجزىء من التغليظ باليمين بالله الذي لا إله إلا هو، فإن قال والله الذي لا إله إلا هو، أو قال والله فقط فقال أشهب لا يجزئه حتى يقول والله الذي لا إله إلا هو، والظاهر أن التاء كذلك. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن العربي في العارضة في حديث ضمام[1]: فيه دليل على تغليظه اليمين بالألفاظ وذلك جائز للحاكم وكرهه علماؤنا، ورواه الشافعي وما أحسنه، وقال: فيه دليل على تحليف الشاهد ويمينه لا تبطل شهادته، وهذا نص.انتهى.

مسألة: من وجب عليه يمين فحلف بالطلاق أو باللازمة. انظر الكلام على ذلك في أول الظهار من المشذالي.

ص: **وغلظت في ربع دينار بجامع** ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في المسائل الملقوطة: ومن التبصرة: وأما التغليظ بالتحليف على المصحف فقال ابن العربي هو بدعة لم يرد عن أحد من الصحابة، وقد أجازه الشافعية. انظر الأحكام في سورة المائدة. انتهى.

فرع: قال القرافي في كتاب الدعاوى عن بعض القرويين: إذا ادعى أحد المتفاوضين على شخص بثلاثة دراهم فليس عليه أن [يحلف[1497]] في الجامع؛ لأن كل واحد إنما يجب له درهم ونصف، ولو ادعى عليهما بثلاثة دراهم حلفهما في الجامع؛ لأن كل واحد عليه درهم ونصفه، وهو كفيل بالثاني، فالثلاثة على كل واحد منهما. انتهى بعضه باللفظ وبعضه بالمعنى.

فرع: لا يحلف العليل في بيته إلا أن تشهد بينة أن به علة لا يستطيع الخروج معها لا راجلا ولا راكبا، والمسألة مطولة في البرزلي نقلها المتيطي قبل الكلام على حريم البئر. وقال في المسائل الملقوطة: ومن التبصرة كان ابن لبابة يفتي في المريضة تجب عليها اليمين في مقطع الحق أنها تحلف في بيتها على الحق.انتهى.

فرع: وأما التغليظ بالزمان فانظر كلامه في التوضيح فإنه يدل على أنه يتفق على تغليظ اليمين بالزمان في اللعان والقسامة، وجعل التغليظ بالزمان في مختصره في باب اللعان مستحبا فتأمله. وانظر ابن فرحون في تبصرته، وقال ابن عرفة: الباجي: وهل تغلظ بالزمان؟ روى ابن كنانة في كتاب ابن سحنون يتحرى بأيمانهم في المال العظيم والدماء واللعان وقتا يحضر الناس فيه المساجد ويجتمعون للصلاة، وما سوى ذلك من مال وحق ففي كل حين، ولابن حبيب عن الأخوين لا يحلف حين الصلاة إلا في الدماء واللعان، وأما في الحقوق ففي أي وقت حضر الإمام استحلفه، وقاله ابن القاسم وأصبغ. انتهى.

الحديث

1- البخاري في صحيحه، كتاب العلم، رقم الحديث 63، ط. دار الفجر.

- ومسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 12، ط. دار إحياء التراث العربي.

1497 - في المطبوع يحلفه وما بين المعقوفين من م73.

نص خليل

وَغُلِّظَتْ فِي رُبْعِ دِينَارٍ بِجَامِعٍ كَالْكَنِيسَةِ وَبَيْتِ النَّارِ وَبِالْقِيَامِ لاَ بِالاِسْتِقْبَالِ وَبِمِنْبَرِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ وَخَرَجَتِ الْمُخَدَّرَةُ فِيمَا ادَّعَتْ أَوْ ادُّعِيَ عَلَيْهَا إلاَّ الَّتِي لاَ تَخْرُجُ نَهَارًا وَإِنْ مُسْتَوْلَدَةً فَلَيْلاً وَتُحَلَّفُ فِي أَقَلِّ بِبَيْتِهَا وَإِنِ ادَّعَيْتَ قَضَاءً عَلَى مَيِّتٍ لَمْ يَحْلِفْ إِلاَّ مَنْ يُظَنُّ بِهِ الْعِلْمُ مِنْ وَرَثَتِهِ وَحَلَفَ فِي نَقْصٍ بَتًّا وَغِشٍّ عِلْمًا وَاعْتَمَدَ الْبَاتُّ عَلَى ظَنٍّ قَوِيٍّ كَخَطِّ أَبِيهِ أَوْ قَرِينَةٍ وَيَمِينِ الْمَطْلُوبِ مَالَهُ عِنْدِي كَذَا وَلاَ شَيْءٌ مِنْهُ وَنَفَى سَبَبًا إِنْ عُيِّنَ وَغَيْرَه فَإِنْ قَضَى نَوَى سَلَفًا يَجِبُ رَدُّهُ وَإِنْ قَالَ وَقْفٌ أَوْ لِوَلَدِي لَمْ يُمْنَعْ مُدَّعٍ مِنْ بَيِّنَتِهِ وَإِنْ قَالَ لِفُلاَنٍ فَإِنْ حَضَرَ ادُّعِيَ عليه فَإِنْ حَلَفَ فَلِلْمُدَّعِي تَحْلِيفُ الْمُقِرِّ وَإِن نَكَلَ حَلَفَ وَغَرِمَ مَا فَوَّتَهُ أَوْ غَابَ لَزِمَهُ يَمِينٌ أَوْ بَيِّنَةٌ وَانْتَقَلَتِ الْحُكُومَةُ لَهُ فَإِن نَّكَلَ أَخَذَهُ بلاَ يَمِينٍ وَإِنْ جَاءَ الْمُقَرُّ لَهُ فَصَدَّقَ الْمُقِرَّ أَخَذَهُ وَإِنِ اسْتَحْلَفَ وَلَهُ بَيِّنَةٌ حَاضِرَةٌ أَوْ كَالْجُمُعَةِ يَعْلَمُهَا لَمْ تُسْمَعْ.

متن الحطاب

ص: وبالقيام ش: قال في الرسالة في باب الأقضية: "يحلف قائما" وقال في القسامة: "ويحلفون في القسامة قياما" قال شارحها: فإن لم يحلفوا قياما فهل يكون ذلك نكولا أو لا؟ اختلف في ذلك.

218 انتهى. ولم يذكروا خلافا في شرح قول الرسالة في باب الأقضية: "ويحلف قائما"./

ص: وخرجت المخدرة ش: ذكر البرزلي في مسائل اليمين لما تكلم على القول بأن المخدرة لا تخرج ويؤخذ من هذا أن الطالب لليمين لا يحضر معها وبعث القاضي يكفي، ونزلت وحكم فيها بأنه يقف حيث يسمع يمينها ولا يرى شخصها؛ لأنه قابض لليمين، وعلى ما ذكر هنا يكون على وجه النيابة عنه. انتهى. وكأنه يشير إلى ما ذكره المشذالي في آخر باب الولاء، فإنه نقل عن ابن عرفة أنه قال: ذكر لنا شيخنا ابن عبد السلام أنه حكم لرجل بيمين على امرأة، وطلب حضوره معها لحلفها فأبت هي وزوجها خوف اطلاعه عليها، قال فحكمنا بحضوره إياها متباعدا عنها أقصى ما يسمع منها لفظ اليمين. انتهى. وذكر ابن عرفة المسألة في مختصره لما تكلم على اليمين، وقال بعد ما تقدم: وفيها -يعني المدونة- في الحالفة في بيتها ويبعث القاضي إليها من يحلفها لصاحب الحق: يجزئه رجل واحد. قلت: ظاهره أنه لا يقضى له بحضور يمينها في بيتها.انتهى.

ص: واعتمد البات على ظن قوي ش:

فرع: قال في النوادر في ترجمة جامع الأيمان من الجزء الأول من الأقضية فيمن ادعى على آخر ورث أباه لا وارث له غيره: أنه أودع أباه عبدا بعينه فقال الابن لا ندري أصدقت أم لا، فله أن يحلف الابن على علمه ويبرأ، وهذا صواب. انتهى.

ص: ونفي سببا إن عين ش: تصوره من كلام شارحه ظاهر، وسئلت عن شخص بيده أمتعة فادعى عليه شخص قريب له أنها مخلفة عن مورث مورثه، وأنها مشتركة بين مورثه وبين المدعى عليه فأجاب المدعى عليه بأنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه فهل تلزمه اليمين كذلك، أو يحلف أنها

219 ملكه فقط؟ فأجبت/ إذا ادعى المدعي أن الأمتعة مخلفة عن مورث مورثه يلزم المدعى عليه اليمين على نفي ذلك فيحلف أنها ملكه وليست مخلفة عن مورثه. والله أعلم.

ص: وإن [قال[1498]] لفلان فإن حضر ادعي عليه فإن حلف فلمدع تحليف المقر وإن نكل حلف وغرم ما فوته أو غاب لزمه يمين أو بينة وانتقلت الحكومة له فإن نكل أخذه بلا يمين وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه ش: أي وإن قال المدعى عليه ليس هذا الشيء المدعى فيه ملكا لي

الحديث ....

[1498] - في المطبوع قامت وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويحيى ص103 ويم ص 110 و م ص73 ومايابى160.

نص خليل ....

متن الحطاب بل هو لفلان فلا يخلو إما أن يكون فلان حاضرا أو غائبا، فإن حضر فلان [وصدق[1499]] المقر فيما أقر له به ادعى عليه، فإن رجع وسلم أنه للمدعي فواضح، وإن صمم على أنه له فإما أن يقيم المدعي البينة، أو يحلف المقر له، فإن أقام البينة فواضح، وإن حلفه فلا يخلو إما أن يحلف أو ينكل، فإن نكل قال ابن عرفة عن المازري: حلف المدعي وثبت حقه، فإن نكل المدعي فلا شيء له عليه، وهل له تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق كما في الصورة الآتية أم لا؟ قال ابن عبد السلام: ليس له ذلك لأنها لو وجبت لكان للمقر النكول عنها، وإذا نكل عنها لم يكن للمدعي أن يحلف لأنه قد توجه عليه هذا الحلف ونكل عنه.

قلت: ونحوه قول عياض في الوكالات: إذا اطلع بائع السلعة من [وكيل[1500]] على شرائها على زائف في الثمن فأحلف الآمر فنكل فوجبت اليمين للبائع قال وليس له أن يحلف المأمور. عياض: لأن نكوله عن يمين الآمر نكول عن يمين المأمور. انتهى. ولم يتكلم المؤلف على هذا القسم، وهو نكول المقر له وإنما تكلم على قسيميه فقال: فإن حلف صح له ما ادعى، ثم يكون الخصام بين المدعي والمقر كما قال المؤلف فللمدعي تحليف المقر أنه ما أقر إلا بالحق. ابن عرفة عن المازري: وأنه ما [أقر لإتلاف[1501]] حق المدعي إذ لو اعترف أنه أقر بالباطل، وأن المقر به إنما هو لمدعيه لزمه الغرم فإن حلف أنه لم يقر إلا بالصدق، ولا حق فيه للمدعي سقط مقال المدعي. انتهى. وإن نكل المقر عن اليمين حلف المدعي وغرم له المقر ما فوته أي ما أتلف عليه بإقراره، إن كان مقوما فقيمته، وإن كان مثليا فمثله. قاله ابن الحاجب.

قال في التوضيح: قال المازري بعد أن ذكر ما ذكره المؤلف -يعني ابن الحاجب- إن للمدعي بعد تحليف المقر له أن يحلف المقر أيضا. قال: وعلى قول من ذهب من الناس إلى أن متلف الشيء بإقراره لغير مستحقه لا يطلب بالغرامة لا يمين هنا على المقر؛ لأنه لم يباشر الإتلاف، وإنما قال قولا حكم الشرع فيه بإخراج ما أقر به من يده وكان سببا في إتلافه؛ فلهذا لا يمكن من تحليفه، وأشار المازري أيضا إلى أن من الناس من رأى أنه لا غرامة على المقر إذا نكل عن اليمين بعد القول بتوجهها عليه. ابن عبد السلام: وفيه نظر. انتهى كلام التوضيح. وعلى ما ذكر ابن الحاجب والمؤلف لو نكل المدعي عن اليمين بعد نكول المقر عن الحلف فلا شيء له، كما تقدم في كلام ابن عبد السلام الذي نقله عنه ابن عرفة/ فراجعه، وهذا الكلام فيما إذا كان المقر له حاضرا، وأما إذا كان غائبا فهو المشار إليه بقوله: "أو غاب" وكان الأحسن أن يقول وإن غاب أي المقر له. 220

قال في التوضيح: فإن غاب غيبة بعيدة فلا خلاف أنه لا يسلم لمدعيه بمجرد دعواه، ولا خلاف أيضا أنه لا يقبل قول المدعى عليه مجردا عن يمين أو بينة. انتهى. فلذلك قال المؤلف: "لزمه" أي المقر

الحديث ....

[1499] - في المطبوع ومايابى160 ويحيى ص103 وصدقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص219 ويم ص 110 و م ص73.

[1500] *- في المطبوع وكل وما بين المعقوفين من يم110 وم73 ويحيى446 ومايابى160.

[1501] - في المطبوع إلا لإتلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويحيى ص103 ويم ص 110 و م ص73 ومايابى161.

نص خليل وَإِن نَّكَلَ فِي مَال وَحَقِّهِ اسْتَحَقَّ بِهِ إِنْ حَقَّقَ وَلْيُبَيِّنَ الْحَاكِمُ حُكْمَهُ وَلاَ يُمَكَّنُ مِنْهَا إِن نَّكَلَ بِخِلاَفِ مُدَّعًى عَلَيْهِ الْتَزَمَهَا ثُمَّ رَجَعَ وَإِن رُّدَّتْ عَلَى مُدَّعٍ وَسَكَتَ زَمَنًا فَلَهُ الْحَلِفُ.

متن الحطاب يمين أنه لفلان الغائب أو بينة على ذلك، فإن أقام البينة فلا كلام في أن الخصومة تنتقل بين المدعي والغائب كما قال المؤلف: "وانتقلت الحكومة له" أي للغائب، وإن لم يقم البينة وأراد المدعي تحليف المقر فقال أشهب إن اليمين تلزمه كما قال المؤلف، وللمازري كلام خلاف هذا، نقله في التوضيح، فإن نكل المقر عن اليمين أخذه المدعي بلا يمين، وإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه، وهو نحو قول ابن الحاجب، فإن جاء المقر له فصدق المقر أخذه، فإن كان مرادهم إذا أقام المقر بينة أو حلف فواضح، وإن كان مرادهم إذا نكل المقر عن اليمين وأخذه المدعي بلا يمين فالظاهر أنه لا يأخذه المقر له إلا بعد يمينه فتأمله. والله أعلم.

ص: **وإن نكل في مال وحقه استحق به بيمين إن حقق** ش: أي استحق المدعى فيه به أي بالنكول المفهوم من السياق، وقوله: "بيمين" أي مع يمين إن حقق الدعوى وإن كانت يمين تهمة فإن الحق يثبت فيها بمجرد النكول على المشهور. صرح به ابن رشد. انتهى من التوضيح. قال ابن عرفة: ابن زرقون: اختلف في [توجه[1502]] يمين التهمة، فمذهب المدونة في تضمين الصناع والسرقة أنها تتوجه، وقاله غير ابن القاسم في غير المدونة، وقال أشهب لا تتوجه، وعلى الأول فالمشهور لا تنقلب وفي سماع عيسى من كتاب الشركة أنها تنقلب.

قلت: هو كلام ابن رشد الباجي إن ادعى المودع تلف الوديعة وادعى المودع تعديه عليها صدق المودع إلا أن يتهم فيحلف. قاله أصحاب مالك. قال ابن عبد الحكم: فإن نكل ضمن، ولا ترد اليمين هنا ابن زرقون وفي [توجه[1503]] يمين الاستجقاق على المستحق أنه ما باع ولا وهب ولا خرج عن ملكه بوجه من الوجوه على البت كان المستحق ربعا أو غيره ثالثها إن كان المستحق غير ربع للمشهور وابن كنانة وبعض شيوخ ابن أبي زمنين. انتهى./ 221

ص: **ولا يمكن منها إن نكل** ش: وسواء كان نكوله عند حاكم أو غيره، إذا شهد عليه بذلك. قال في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب المديان: وسئل عن الذي يدعي قبل الرجل حقا فيقول احلف لي على أن ما ادعيت عليك ليس بحق وتبرأ، فيقول المدعى عليه بل احلف أنت وخذ، فإذا هم المدعي أن يحلف للمدعى عليه قال لا أرضى بيمينك ولا أظنك تجترىء على اليمين وما أشبه ذلك وهل ذلك عند السلطان وغيره سواء. قال ابن القاسم: ليس للمدعى عليه أن يرجع، ولكن يحلف المدعي ويستحق حقه، على ما أحب الآخر أو كره؛ لأنه قد رد اليمين عليه، فليس له الرجوع فيها، وسواء كان ذلك عند السلطان أو غيره إذا شهد عليه بذلك وأقره.

قال ابن رشد: هذه المسألة متكررة في هذا السماع من كتاب الدعوى، ومثله في الديات من المدونة، ولا اختلاف أعلمه في أنه ليس له أن يرجع إلى اليمين بعد أن يردها على المدعي، واختلف هل له أن يرجع إليها بعد أن نكل عنها ما لم يردها على المدعي، فقيل ليس له ذلك، وهو ظاهر ما في الديات

الحديث ....

1502 – في المطبوع توجيه وما بين المعقوفين من ابن عرفة ص171 مخطوط بمكتبة أحمد سالك بن ابوه.

1503 *– في المطبوع توجيه وما بين المعقوفين من يحيى447 وم74.

نص خليل وَإِنْ حَازَ أَجْنَبِيٌّ غَيْرُ شَرِيكٍ وَتَصَرَّفَ ثُمَّ ادَّعَى حَاضِرٌ سَاكِتٌ بِلاَ مَانِعٍ عَشْرَ سِنِينَ لَمْ تُسْمَعْ وَلاَ بَيِّنَتُهُ إِلاَّ بِإِسْكَانٍ وَنَحْوِهِ كَشَرِيكٍ أَجْنَبِيٍّ حَازَ فِيهَا إِنْ هَدَمَ وَبَنَى.

متن الحطاب [من[1504]] المدونة ورواية عيسى عن ابن نافع في المدونة، وقيل له ذلك، وهو ظاهر قول ابن نافع في [المدنية[1505]] انتهى. وانظر رسم الغيلة من سماع ابن القاسم في الديات ولا يعارض هذا ما وقع في كتاب ابن سحنون وقد فرق ابن عرفة بينهما في باب الإقرار

ص: وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه ش: ختم رحمه الله كتاب الشهادات بالكلام على الحيازة لأنها كالشاهد على الملك. قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: الحيازة لا تنقل الملك عن المحوز عنه إلى الحائز باتفاق، ولكنها تدل على الملك، كإرخاء الستور، ومعرفة العفاص والوكاء، وما أشبه ذلك، فيكون القول معها قول الحائز مع يمينه لقول النبي صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئا عشر سنين فهو له؛[1]} لأن المعنى عند أهل العلم في قوله صلى الله عليه وسلم: {هو له} أي أن الحكم يوجبه له بدعواه، فإذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة وهي عشرة أعوام دون هدم ولا بنيان، أو مع الهدم والبنيان، على ما نذكره من الخلاف في ذلك بعد هذا وادعاه ملكا لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه. انتهى. وسواء ادعى صيرورة ذلك من غير المدعي، أو ادعى أنه صار إليه من المدعي أما في البيع فلا أعلم فيه خلافا وأما إن أقر أنه ملك المدعي وصار إليه بصدقة أو هبة ففيه خلاف ذكره في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وقول ابن رشد: فيكون القول قول الحائز مع يمينه هو أحد القولين.

قال في الشامل: وفي يمين الحائز حينئذ قولان، والقول بنفي اليمين عزاه في التوضيح لظاهر نقل ابن يونس وغيره والقول باليمين عزاه لصريح كلام ابن رشد، فهو أقوى، وهو الظاهر. والله أعلم. ثم قال ابن رشد: والحيازة تنقسم إلى ستة أقسام أضعفها حيازة الأب عن ابنه،ويليها حيازة الأقارب الشركاء بالميراث أو بغيره ويليها حيازة القرابة فيما لا شرك بينهم فيه والموالي والأختان الشركاء، بمنزلتهم ويليها حيازة الموالي والأختان فيما لا شرك بينهم فيه ويليها حيازة/ الأجنبيين الشركاء وتليها حيازة الأجانب فيما لا شرك بينهم فيه، وهي أقواها والحيازة تكون بثلاثة أشياء [أضعفها السكنى[1506]] والازدراع، ويليها الهدم والبنيان والغرس والاستغلال، ويليها التفويت بالبيع والهبة والصدقة والنحلة والعتق والكتابة والتدبير والوطء وما أشبه ذلك مما لا يفعله الرجل إلا في ماله، والاستخدام في الرقيق والركوب في الدابة، كالسكنى فيما يسكن، والازدراع فيما يزرع، والاستغلال في ذلك كالهدم، والبنيان في الدور، والغرس في الأرضين. انتهى.

222

فبدأ المصنف بالكلام على القسم السادس، وهي حيازة الأجنبي غير الشريك فقال: "وإن حاز أجنبي

الحديث 1 – المدونة، ج9 ص72.

[1504] *– في المطبوع عن وما بين المعقوفين من م74 وي م111 ومايابي162 وسيد31.
[1505] – في المطبوع المدونة وما بين المعقوفين من مايابي162 وسيد31.
[1506] – في المطبوع أضعفها والسكنى وما بين المعقوفين من ن عدود ص216 ويحيى ص104 وي م ص 90 و م ص74 ومايابي161.

نص خليل ....

متن الحطاب غير شريك"، واحترز بقوله: "أجنبي" من القريب، فإنه سيأتي حكمه، وبقوله: "غير شريك" من الأجنبي الشريك، فإنه سيأتي أيضا حكمه، ومفعول قوله: "حاز" محذوف، أي حاز عقارا من دار أو أرض، وأما غير العقار فلا يفتقر في الحيازة إلى عشرة أعوام كما سيأتي بيانه، وقوله: "وتصرف" بمعنى أنه يشترط في الحيازة أن يكون الحائز يتصرف في العقار المحوز، وأطلق التصرف لينبه على أن حيازة الأجنبي غير الشريك يكفي فيها مطلق التصرف، ولو كان ذلك السكنى والازدراع الذي هو أضعف أنواع الحيازة، وهذا هو المشهور.

وقال في الرسم المذكور المشهور في المذهب أن الحيازة بينهم يعني بين الأجانب غير الشركاء تكون في العشرة الأعوام وإن لم يكن هدم ولا بنيان، وعن ابن القاسم أنها لا تكون حيازة إلا مع الهدم والبنيان، ولا خلاف أنها تكون حيازة مع الهدم والبنيان. انتهى. وقوله: ثم ادعى حاضر؛ يعني أنه يشترط في كون الحيازة مانعة من سماع دعوى المدعي أن يكون المدعي حاضرا، واحترز بذلك مما لو كان المدعي غائبا فإن له القيام، وإن طالت المدة، إذا كانت غيبته بعيدة كالسبعة الأيام. قال في التوضيح: وإن كانت الغيبة قريبة كأربعة أيام وثبت عذره عن القدوم والتوكيل من عجز ونحوه فلا حجة عليه، وإن أشكل أمره فظاهر المذهب أنه على قولين.

قال ابن القاسم: لا يسقط حقه لأنه قد يضعف عن القدوم، قيل له فإن لم يتبين عجزه عن ذلك؟ قال: قد يكون معذورا من لا يتبين عذره، وذكر ابن حبيب أنه يسقط حقه إلا أن يتبين عذره. انتهى. وانظر رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الاستحقاق، وقوله: "ساكت" يعني أنه يشترط أيضا في الحيازة أن يكون المدعي ساكتا في مدة الحيازة، واحترز بذلك مما لو تكلم قبل مضي مدة الحيازة، فإن حقه لا يبطل، وقوله: "بلا مانع" يعني أن سكوت المدعي في المدة المذكورة إنما يبطل حقه إذا لم يكن له مانع يمنعه من الكلام، فلو كان هناك مانع يمنعه من الكلام فإن حقه لا يبطل، وفسر ابن الحاجب المانع بالخوف والقرابة والصهر.

وقد احترز المصنف من القرابة والصهر بقوله أولا: "أجنبي" فيكون المراد بالمانع في كلامه الخوف؛ أي خوف المدعي من الذي في يده العقار لكونه ذا سلطان أو مستندا لذي سلطان، فإن كان سكوته لذلك لم يبطل حقه. قال الجزولي: وكذلك إذا كان للحائز على المدعي دين، ويخاف إن نازعه أن يطلبه ولا يجد من أين يعطيه. انتهى. فتأمله. ويدخل في المانع ما إذا كان المدعي صغيرا أو سفيها، فإن سكوته لا يقطع دعواه.

قال ابن فرحون في تبصرته في الباب السادس والستين: قال: قال ابن العطار ولا يقطع قيام البكر غير المعنسة، ولا قيام الصغير، ولا قيام المولى عليه الاعتمار المذكور بحضرته، إلا أن يبلغ الصغير، ويملك نفسه المولى عليه وتعنس الجارية وتحاز عنهم عشرة أعوام من بعد ذلك وهم عالمون بحقوقهم لا يتعرضون من غير عذر.انتهى. ويدخل في المانع أيضا ما إذا لم يعلم المدعي بالحيازة، أو لم يعلم بأن العقار المحوز ملكه.

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب
223

قال في الرسالة: ومن حاز دارا على حاضر عشر سنين تنسب إليه وصاحبها حاضر عالم.
قال الشيخ أبو الحسن الصغير في أواخر كتاب/ الشهادات لما تكلم على الحيازة: وفي الرسالة وصاحبها حاضر عالم. الشيخ: أي عالم [بمعلومين[1507]] بتصرف الحائز وبأنها ملكه. قال في الوثائق المجموعة: حاضر عالم بأنها ملكه، وإذا كان وارثا ويدعي أنه لم يعلم فيحلف ويقضى له. انتهى. ونقله ابن فرحون في تبصرته عن الطخيخي عن أبي الحسن الصغير بلفظ: لا بد هنا من العلم بشيئين؛ وهما العلم بأنه ملكه، والعلم بأنه يتصرف فيه، ولا يفيد العلم بأحدهما دون الآخر؛ لأنه إذا علم بالتصرف قد [يقول[1508]] ما علمت أنه ملكي، كما يقول الرجل الآن وجدت الوثيقة عند فلان، فيقبل قوله ويحلف، والعلم بهذين الوصفين قاله في الوثائق المجموعة وابن أبي زيد. انتهى.
فرع: قال ابن ناجي في شرح الرسالة: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت الملك ولم أجد ما أقوم به، ووجدته الآن هل يعذر أم لا؟
قلت: اختار شيخنا أبو مهدي أنه يقبل وذلك عذر، سواء كانت البينة التي وجد بينة استرعاء أم لا، والصواب عندي أنه لا يقبل منه؛ لأنه كالمقر والمعترف بأنه لا حق له فيه مدع رفعه. انتهى. زاد في شرح المدونة ثم وقعت بالقيروان بعد عشرة أعوام، فكتب فيها لشيخنا أبي مهدي، فأفتى بما صوبت. انتهى.
قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح قول الرسالة: "لا يدعي شيئا" هذا إذا لم يمنعه مانع من القيام، وأما إن خاف سطوة الحائز، وأثبت ذلك، فهو على قيامه، وإن ادعى مغيب البينة، وقال ما سكت إلا لانتظار بينتي فلا يقبل قوله، والدعوى التي تنفعه إذا كان يخاصمه عند القاضي، وأما غير ذلك فلا ينفعه. انتهى. ونحوه للجزولي، ونصه: وأما إذا قال علمت أنها ملكي ولكن منعني من القيام عدم البينة والآن وجدت البينة فإنه لا ينفعه ذلك، ويقضى بها للحائز بعد يمينه؛ إذ لا بد من يمين القضاء. ثم قال بعد ذلك: وأما إن قال علمت بأنها ملكي ولم أعلم بالحيازة فإنه لا يقبل قوله؛ لأن العرف يكذبه، وكذلك إن قال منعني من القيام عدم البينة، والآن وجدتها فإنه لا ينفعه ولا قيام له. انتهى. وفي أول مسألة من سماع أشهب من كتاب الاستحقاق ما يدل على أنه إذا ادعى عدم العلم بالحيازة ينفعه ذلك ويحلف، وأنه محمول على عدم العلم.
وقال ابن ناجي في شرح قول الرسالة وصاحبها حاضر عالم ظاهر: كلام الشيخ أن الحاضر محمول على عدم العلم بالملكية حتى يثبت وعزاه بعض من لقيناه لابن سهل، وهو ظاهر التهذيب، وقيل إنه محمول على العلم حتى يتبين خلافه، وهو قول ابن رشد، وقيل بالأول إن كان وارثا وبالثاني إن لم يكن، قاله في الوثائق المجموعة وبه القضاء عندنا، هكذا كان يتقدم لنا أنها ثلاثة أقوال، والحق أن الذي في الوثائق المجموعة إنما هو التنبيه على فرع متفق عليه وهو إذا ادعى الوارث الجهل بملكية مورثه فإنه

الحديث ....

[1507] – في المطبوع بالمعلومين وما بين المعقوفين من مايابى163 ويحيى448 ويم111 وم74.
[1508] *– في المطبوع يقال وما بين المعقوفين من م74 ومايابى163 ويم111.

نص خليل ....

متن الحطاب يقبل قوله مع يمينه. ثم قال بعده: قال ابن العربي: وانظر إذا قال علمت [الملك[1509]] إلى آخر الفرع المتقدم، ويشير بالفرع المتفق عليه إلى ما نقله أبو الحسن وابن فرحون عن الوثائق المجموعة في كلامها المتقدم، وقوله: "عشر سنين" يعني أن مدة الحيازة [التي[1510]] تبطل دعوى المدعي عشر سنين، وهذا التحديد ذكره في المدونة عن ربيعة، ونصه: ولم يحد مالك في الحيازة في الربع عشر سنين ولا غير ذلك، وقال ربيعة: حوز عشر سنين يقطع دعوى الحاضر إلا أن يقيم بينة أنه إنما أكرى، أو أسكن، أو أخدم، أو أعار، ونحوه ولا حيازة على غائب، وذكر ابن المسيب وزيد بن أسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم قال: {من حاز شيئا عشر سنين فهو له[1]} انتهى.

قال في التوضيح: وبهذا أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، ودليله ما رواه أبو داود في مراسيله عن زيد بن أسلم وذكر الحديث. ثم قال: ولابن القاسم في الموازية أن السبع والثمان وما قارب العشرة مثل العشرة. انتهى. فتحصل في مدة الحيازة ثلاثة أقوال: الأول قول مالك في المدونة أنها لا تحدد بسنين مقدرة بل باجتهاد الإمام، وهكذا نقل ابن يونس فقال ولم يحد مالك/ في الرباع عشر سنين ولا غير ذلك، ولكن على قدر ما يرى أن هذا قد حازها دون الآخر فيما يهدم ويبنى ويسكن ويكرى. اهـ. وهكذا نقله ابن شأس وابن عرفة وسيأتي لفظه والقول الثاني أن مدة الحيازة عشر سنين، وهو القول الذي مشى عليه المصنف في كتاب الشهادات، وعليه اقتصر في الرسالة. قال في النوادر: وبه أخذ ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ، وهكذا عزاه ابن يونس وابن شاس، وتقدم نحوه عن التوضيح، ونقله ابن عرفة عن النوادر.

224

وقال ابن يونس: قال ابن سحنون لما أمر الله نبيه بالقتال بعد عشر سنين كانت أبلغ شيء في الإعذار، واعتمد أهل المذهب على الحديث المتقدم، وعلى أن كل دعوى يكذبها العرف فإنها غير مقبولة، ولا شك أن بقاء ملك الإنسان بيد الغير يتصرف فيه عشر سنين دليل على انتقاله عنه. والله أعلم. والقول الثالث أن مدة الحيازة سبع سنين فأكثر، وهو قول ابن القاسم الثاني، وقد ذكر ابن عرفة هذه الثلاثة الأقوال فقال: وفي تحديد مدة الحيازة بعشر أو سبع ثالثها لا تحديد [بمدة[1511]] بل باجتهاد الإمام.

وقال في المسائل الملقوطة: مسألة: في قناة تجري منذ سنة في أرض رجل، والذي تجري عليه ساكت، لا تكون السنة حيازة للتغافل عن مثلها، وسكوت أربع سنين طول وحوز. من كتاب الشهادات لابن يونس. انتهى. فتأمله مع ما تقدم. وهل يكون قولا رابعا أو لا؟ والله أعلم. وقوله: "لم تسمع ولا [بينته"[1512]] هو جواب الشرط؛ يعني أن الحيازة إذا وقعت على الوجه المذكور فهي مانعة من سماع دعوى المدعي، والظاهر أن المراد بعدم سماعها عدم العمل بها وبمقتضاها من أنه لا يتوجه على

الحديث 1 - المدونة، ج9 ص72.

1509 *- في المطبوع المالك وما بين المعقوفين من م75 ومايابى163 ويم112 ويحيى448 وسيد31.

1510 في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من ن عدود ص223 ويحيى ص105 ويم ص91 و م ص75 ومايابى164.

1511 - في المطبوع بعدة وما بين المعقوفين من يم112 وسيد32.

1512 *- في المطبوع بينة وما بين المعقوفين من م75 ويم113 ويحيى448.

نص خليل ....

متن الحطاب المدعى عليه يمين إذا أنكر [لا[1513]] أنه لا تسمع ابتداء ولا يسأل المدعى عليه عن جوابها فإن ذلك غير ظاهر لاحتمال أن يقر المدعى [عليه بما ادعاه المدعي[1514]] ويعتقد أن مجرد حوزه يوجب له الملك، وقد تقدم أن الحوز وحده لا ينقل الملك، وإنما هو دليل على انتقال الملك، وقال صلى الله عليه وسلم: {لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم} قال ابن رشد في آخر الكلام على المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق: وإن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيازة. انتهى.

وسيأتي كلامه برمته في التنبيه الخامس في قول المصنف: "وإنما تفترق الدار من غيرها"، وقوله: "ولا بينته" يعني أن الحيازة المذكورة مانعة من سماع دعوى المدعي ومن سماع بينته أيضا، فإن قيل قوله: "لم تسمع دعواه" يغني عن قوله: "ولا بينته" لأنه إذا لم تسمع الدعوى لم تسمع البينة فالجواب – والله أعلم– إنما قال: "ولا بينته" خشية أن يتوهم أن الدعوى المجردة عن البينة هي التي لا تسمع، وأما إذا قامت بها البينة فتسمع كما تقول في دعوى العبد على سيده العتق والمرأة على زوجها الطلاق فإن دعواهما لا تسمع إذا كانت مجردة عن البينة؛ أعني أنه لا يتوجه على السيد ولا على الزوج بسببهما يمين، فإن أقاما البينة على دعواهما سمعت، وأيضا فإنما قال ولا بينته ليفرع عليه قوله إلا بإسكان ونحوه، والمعنى أنه لا تسمع بينة المدعي [على الحائز[1515]] إلا أن تشهد البينة للمدعي بأنه أسكن الحائز أو أعمره أو ساقاه أو زارعه أو شبه ذلك فإنه إذا أقام البينة على ذلك حلف المدعي على رد دعوى الحائز وقضي له هذا إن ادعى الحائز أن المالك باعه أو نحو ذلك، وأما إن لم يدع نقل الملك وإنما تمسك بمجرد الحيازة فلا يحتاج إلى يمين. قاله في التوضيح وغيره.

تنبيهات: الأول: الهدم والبناء مقيدان بما إذا لم يهدم ما يخشى سقوطه فإن ذلك لا ينقل الملك، وكذا الإصلاح اليسير. قاله في التوضيح.

الثاني: الحيازة على النساء عاملة إن كن في البلد. ذكره ابن بطال في المقنع.

الثالث: تقدم أنه لا حيازة على الغائب. قال ابن بطال: إلا أنه يستحب له إذا علم أن يشهد أنه على حقه، وقاله الرجراجي.

225 **الرابع:** قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وأما المدة فينبغي أن/ يستوي فيها الوارث والموروث لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئا عشر سنين فهو له[1]} وتضاف مدة حيازة الوارث إلى مدة حيازة الموروث مثل أن يكون الوارث قد حاز خمسة أعوام ما كان مورثه قد حازه خمسة أعوام فيكون ذلك حيازة عن الحاضر. انتهى.

الخامس: اختلف هل يطالب الحائز ببيان سبب ملكه؟ قال في التوضيح: قال ابن أبي زمنين لا يطالب وقال غيره يطالب، وقيل إن لم يثبت أصل الملك [للمدعي[1516]] فلا يسأل الحائز عن بيان

الحديث 1 – المدونة، ج9 ص72.

[1513] – ساقط من المطبوع ومايابى165 وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 ويم ص91 و م ص75.

[1514] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم112.

[1515] – ساقطة من المطبوع (وفي يحيى 105 والحيازة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص224 ويم ص91 و م ص75 ومايابى165.

[1516] – في المطبوع المدعي وما بين المعقوفين من ن ذي ص225 ويحيى ص105 ويم ص91 و م ص75 ومايابى165.

نص خليل ....

متن الحطاب

أصل ملكه، وإن ثبت الأصل للمدعي ببينة أو بإقرار الحائز سئل عن سبب ذلك، وقال ابن عتاب وابن القطان لا يطالب إلا أن يكون معروفا بالغصب والاستطالة والقدرة على ذلك. انتهى باختصار.
وظاهر كلام ابن رشد في رسم سلف أن الحائز يطالب ببيان سبب ملكه؛ [لأنه قال:[1517]] إذا حاز الرجل مال غيره في وجهه مدة تكون فيها الحيازة عاملة، وادعاه ملكا لنفسه بابتياع أو صدقة أو هبة وجب أن يكون القول قوله في ذلك مع يمينه، واختلف إذا كان هذا الحائز وارثا فقيل إنه بمنزلة الذي ورث ذلك عنه في أنه لا ينتفع بها دون أن يدعي الوجه الذي يصير به ذلك إلى مورثه وهو قول مطرف وأصبغ، وقيل ليس عليه أن يسأل عن شيء؛ لأنه يقول [ورثت[1518]] ذلك، ولا أدري بماذا صار ذلك إليه، وهو ظاهر قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب وقول ابن الماجشون، وقوله عندي بين، فإنه ليس عليه أن يسأل عن شيء. انتهى.
وأفتى في نوازله بأن الحائز لا يطالب بشيء حتى يثبت القائم عليه الملك، وسيأتي كلامه في التنبيه السادس، وجزم في شرح آخر مسألة من نوازل عيسى من كتاب السداد والأنهار بأنه إذا ثبت أصل الملك لغيره فلا بد من بيان سبب ملكه، قال: بأن يقول اشتريته منه، [أو وهبه[1519]] لي، أو تصدق به علي أو يقول ورثته عن أبي أو عن فلان ولا أدري بأي وجه [تصير[1520]] إلى الذي ورثته منه. قال: وأما مجرد دعوى الملك دون أن يدعي شيئا من هذا فلا ينتفع به مع الحيازة، إذا ثبت أصل الملك لغيره. انتهى.
فرع: قال ابن سهل في مسائل الأقضية: من ادعي عليه بأملاك فقال عندي وثائق غائبة، ثم طولب عند حاكم آخر فأنكر تلك المقالة، فقال ابن العطار ليس عليه إحضار الوثائق. انتهى. [وانظر[1521]] تمامها فيه، [السادس[1522]] لا تسقط الحيازة ولو طالت الدعوى في الحبس، بذلك أفتى ابن رشد في نوازله في جواب المسألة الخامسة من مسائل الوقف، وهي مسألة تتضمن السؤال عن جماعة واضعين أيديهم على أملاكهم وموروثهم وموروث موروثهم نحوا من سبعين عاما يتصرفون فيه بالبناء والغرس والتعويض والقسمة [وكثير[1523]] من وجوه التفويت فادعى عليهم بوقفيتها شخص حاضر عالم بالتفويت المذكور والتصرف، هو ومورثه من قبله، ونصه: ولا يجب القضاء بالحبس إلا بعد أن يثبت التحبيس وملك المحبس لما حبسه يوم التحبيس، وبعد أن تتعين الأملاك المحبسة بالحيازة لها على ما تصح فيه الحيازة، فإذا ثبت ذلك كله على وجهه وأعذر إلى المقوم عليهم فلم يكن لهم حجة إلا

الحديث ....

1517 - في المطبوع لأنه حينئذ قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص225 ويحيى ص105 ويم ص92 و م ص75 ومايابى165.

1518 - في المطبوع ورثنا وما بين المعقوفين من ن ذي ص225 ويحيى ص105 ويم ص92 و م ص75 ومايابى166.

1519 *- في المطبوع أو وهب وما بين المعقوفين من يحيى449.

1520 - في المطبوع يصير وما بين المعقوفين من يم113 وسيد32.

1521 - في المطبوع انظر وما بين المعقوفين من ن ز ص225 ويحيى ص105 ويم ص92 و م ص76 ومايابى166.

1522 - في المطبوع الثالث وما بين المعقوفين من ن عدود ص225 ويحيى ص105 ويم ص92 و م ص76 ومايابى166.

1523 - في المطبوع ومايابى166 ويم ص92 و م ص76 كثيرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص225 ويحيى ص105.

نص خليل ....

متن الحطاب من ترك القائم وأبيه قبله عليهم وطول سكوتهما عن طلب حقهما مع علمهما بتفويت الأملاك فالقضاء بالحبس واجب والحكم به لازم. انتهى. وأفتى بذلك أيضا في المسألة السادسة من مسائل الدعوى والخصومات في مسألة ابن زهر؛ وهي مسألة تتضمن أن رجلا في ملكه ضيعة ورثها عن سلفه منذ سبعين عاما هو وأبوه، وهم يتصرفون فيها تصرف المالك في ملكه، فقام عليه رجل وادعى أن الضيعة رهن بيده وبذلك [تملكها[1524]] سلفه قبله منهم، واستدعى عقد السماع بالرهن فأثبت الذي بيده الضيعة أن جده ابتاعها من جد القائم عليه فيها.

فأفتى أن شهادة الشراء أعمل، ثم قام ذلك الرجل المشتري المدعي الرهنية بعينه وادعى أنها حبس عليه وأثبت عقد التحبيس بالشهادة على/ خطوط شهدائه، فهل ترى قيامه أولا بالرهن يبطل قيامه بالحبس أم لا؟ فأجاب كان من وجه الحكم أن لا يكلف الذي بيده الضيعة من أين صارت إليه، حتى يثبت القائم ملك الراهن لها، ورهنه إياها، وموته، وأنه وارثه أو وارث وارثه، وكذلك الحكم في قيامه بالحبس سواء في مذهب مالك وجميع أصحابه، غير أن قول المقوم عليه إن جده ابتاعها من جد القائم عليه إقرار منه له بملكها، فإن كان هو المحبس وأثبت حفيده عقد التحبيس، وأنه من عقبه لا عقب له غيره بالسماع إن عجز عن البينة القاطعة، وأعذر إلى المقوم عليه فيما ثبت من ذلك فلم يكن عنده فيه مدفع، فالواجب أن يسأل المقوم عليه، فإن أقر أنها هي التي وقع ذكرها في كتاب التحبيس لم يجب على القائم فيها حيازة؛ لاتفاقهما عليه، [ونظر إلى[1525]] تاريخ كتاب صاحب التحبيس وتاريخ السماع بشراء جد المقوم عليه من جد القائم، فإن وجد تاريخ الحبس أقدم قضي به وبطل الشراء ووجب الرجوع بالثمن، وإن وجد تاريخ السماع بالشراء أقدم أو لم يعلم أيهما أقدم قبل صاحبه قضي بالشراء، وبطل التحبيس، وهكذا الرواية في ذلك.

226

ثم قال في جواب ثان على المسألة بعينها إثر الجواب الأول: وسائر ما تضمنه عقد التحبيس الثابت لا يوجب أن يسأل من بيده شيء من ذلك من أين صار له، ولا يعتقل عليه، ولا يكلف إثباتا ولا عقلا إلا من بعد أن يثبت القائم بالتحبيس ملك المحبس لما حبسه ويحوز ما أثبت تحبيسه حيازة صحيحة على الوجه الذي ذكرناه، وهذا أصل لا اختلاف فيه، أعني أن من بيده ملك [يدعيه لا[1526]] يكلف إثبات من أين صار له حتى يثبت المدعي ما ادعاه ويحوزه، ولا يلزم المقوم عليه إذا قضي ببقاء الملك بيده وحكم بقطع الاعتراض عنه بشيء من ثمن ما ادعى شراءه إذا مضى من طول المدة ما [يصدق[1527]] فيه المبتاع على أداء ثمن ما ابتاعه في قول مالك، وجميع أصحابه، ولو لم يمض لم يحكم للمدعي أيضا بالثمن حتى يرجع عما ادعاه من التحبيس إلى تصديق دعوى المشتري على

الحديث ....

[1524] - في المطبوع ملكها وما بين المعقوفين من ن ذي ص225.

[1525] * - في المطبوع وانظر وما بين المعقوفين من سيد32 ومايابى166 ويم113 وم76.

[1526] - في المطبوع لا يدعيه وما بين المعقوفين من ن ذي ص226 ومايابى167 وم76 ويم113 ويحيى450.

[1527] - في المطبوع صدق وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 ومايابى167.

نص خليل وَفِي الشَّرِيكِ الْقَرِيبِ مَعَهُمَا قَوْلاَنِ.

متن الحطاب اختلاف أصحابنا المتقدمين. [انتهى.[1528]] واستفيد من هذه المسألة فوائد منها: أنه مشى على أنه لا يسأل واضع اليد عن شيء حتى يثبت القائم الملك ومنها حكم شهادة السماع في الرهن، ومنها القضاء بالتاريخ السابق، ومنها إذا جهل السابق من تاريخ الشراء أو الحبس قضي بتاريخ الشراء وبطل الحبس، وأفتى غيره أنه إذا جهل التاريخ قدم الحبس. والله أعلم.

ص: وفي الشريك القريب معهما قولان ش: يعني أنه اختلف في الشريك القريب إذا حاز العقار بالبناء والهدم هل تكون مدة الحيازة في حقه عشر سنين كالأجنبي أو لا يكفي في ذلك عشر سنين/ 227 ولم يبين المصنف قدر مدة الحيازة على القول الثاني، والقولان لابن القاسم ذكرهما في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، فكان أولا يقول إن العشر سنين حيازة ثم رجع إلى أن ذلك لا يكون حيازة إلا أن يطول الأمر أزيد من أربعين سنة.

تنبيهات: الأول: ظاهر كلام المصنف وغيره أن القولين متساويان، وقد علمت أن القول الذي رجع إليه ابن القاسم أن ذلك لا يكون حيازة، ولا شك أن العمل على القول المرجوع إليه فتأمله. [والله تعالى أعلم.[1529]]

الثاني: علم من قول المصنف: "معهما" أنه لا تحصل الحيازة بين القرابة الشركاء إذا لم يكن هدم ولا بنيان، وهو كذلك كما سيأتي في كلام ابن رشد في شرح قول المصنف: "وإنما تفترق الدار من غيرها، ويأتي أيضا هناك بيان حكم الحيازة بين القرابة الشركاء في غير العقار. والله أعلم.

الثالث: لم يذكر المصنف حكم القريب الذي ليس بشريك، وذكر ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم أن قول ابن القاسم اختلف في ذلك فجعله مرة كالقريب الشريك قال: فيكون قد رجع عن قوله إن الحيازة لا تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان إلى أنه لا حيازة بينهم في ذلك إلا مع الطول الكثير، وهو نص قوله في سماع يحيى المذكور ومرة رآهم بخلاف ذلك، فلم يرجع عن قوله إن الحيازة تكون بينهم في العشرة الأعوام مع الهدم والبنيان، وهو دليل قوله في السماع المذكور. انتهى.

قلت: فعلم من كلام ابن رشد هذا أن القول بأن حكم القريب الذي ليس بشريك كحكم القريب الشريك هو الراجح لقوله إنه نص قول ابن القاسم وأن الثاني إنما هو مفهوم من كلام ابن القاسم فتأمله وتحصل من هذا أن الحيازة بين القرابة، سواء كانوا شركاء أو غير شركاء لا تكون بالسكنى والازدراع، وإنما تكون بالهدم والبناء في الأمد الطويل الذي يزيد على أربعين سنة على الأرجح من القولين. والله أعلم.

الرابع: محصل كلام ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق [[1530]] أن الحيازة لا تكون بين أب وابنه بالسكنى والازدراع والاستخدام والركوب اتفاقا، وكذلك الأقارب الشركاء بميراث وغيره على الأظهر، وكذا الشركاء [الأجانب بخلاف الأجانب الذين لا شركة

الحديث ....

[1528] – في المطبوع أي وما بين المعقوفين من ن عدود ص226 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 ومايابى167.
[1529] – ساقط من المطبوع ومايابى167 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 وما بين المعقوفين من ن عدود ص227
[1530] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص227 ويحيى ص106 ويم ص92 و م ص76 ومايابى167.

نص خليل

لاَ بَيْنَ أبٍ وَابْنِهِ إلاَّ بِكَهْبَةٍ إلاَّ أنْ يَطُولَ مَعَهُمَا مَا تَهْلِكُ الْبَيِّنَاتُ وَيَنْقَطِعُ الْعِلْمُ وَإِنَّمَا تَفْتَرِقُ الدَّارُ مِنْ غَيْرِهَا فِي الأَجْنَبِي فَفِي الدَّابَّةِ وَأَمَةِ الْخِدْمَةِ السَّنَتَانِ وَيُزَادُ فِي عَبْدٍ وَعَرَضٍ.

متن الحطاب

بينهم[1531] فتكفي الحيازة عشرة أعوام، وإن لم يكن هدم ولا بنيان على المشهور، وإن حصل هدم وبناء وغرس فتكفي العشرة الأعوام في الشريك الأجنبي، وفي الشريك القريب مع ذلك قولان، وفي كون ذلك [للقريب[1532]] غير الشريك والمولى والصهر [الشريكين[1533]] [حيازة،[1534]] ثالثها في الصهر والمولى دون القريب، وفي كون السكنى والازدراع في العشرة حيازة لمولى وصهر غير شريكين، أو إن هدم وبنى أو إن طال جدا أقوال. والله أعلم.

228

ص: **لا بين أب وابنه إلا بكهبة** ش: قال ابن رشد في رسم/ سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق: وتحصل الحيازة في كل شيء بالبيع والهبة والصدقة والعتق والتدبير والكتابة و[الوطء[1535]]، ولو بين أب وابنه، ولو قصرت المدة، إلا أنه إن حضر مجلس البيع فسكت حتى انقضى المجلس لزمه البيع في حصته، وكان له الثمن، [وإن سكت[1536]] بعد العام ونحوه [[1537]] استحق البائع الثمن بالحيازة مع يمينه، وإن لم يعلم بالبيع إلا بعد وقوعه فقام حين علم أخذ [حقه[1538]] وإن سكت العام ونحوه لم يكن له إلا الثمن، وإن لم يقم حتى مضت مدة الحيازة لم يكن له شيء واستحقه الحائز، وإن حضر مجلس الهبة والصدقة والتدبير والعتق فسكت حتى انقضى المجلس لم يكن له شيء، وإن لم يحضر ثم علم، فإن قام حينئذ كان له حقه، وإن سكت العام ونحوه فلا شيء له، ويختلف في الكتابة هل تحمل على البيع أو على العتق؟ قولان. انتهى مختصرا.

ص: **وإنما تفترق الدار من غيرها في الأجنبي ففي الدابة وأمة الخدمة السنتان ويزاد في عبد وعرض** ش: يعني أنه إنما [يفرق[1539]] بين الدور وغيرها في مدة الحيازة إذا كانت الحيازة بين الأجانب، وأما في حيازة القرابة بعضهم على بعض فلا يفرق بين الدور وغيرها، قال ابن رشد في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق إن الأقارب والشركاء بالميراث أو بغير الميراث لا خلاف أن الحيازة بينهم لا تكون بالسكنى والازدراع، ولا خلاف أنها تكون بالتفويت بالبيع والصدقة والهبة والعتق والكتابة والتدبير والوطء، وإن لم تطل المدة. [قال:[1540]] والاستخدام في الرقيق

الحديث

....

1531 *- في المطبوع الاجانب الذين الشركة بينهم وما بين المعقوفين من يم113 ويحيى450 وسيد32.

1532 – في المطبوع ويم114 وم76 ويحيى450 ومايابى108 القريب وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص227.

1533 – في المطبوع الشريكان ومايابى168وما بين المعقوفين من ن ز ص227 ويحيى ص106 ويم ص93 و م ص76.

1534 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص227 ويحيي ص106 ويم ص93 و م ص76 ومايابى168.

1535 – في المطبوع الولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص106 ويم ص93 و م ص76 ومايابى168.

1536 *- لفظ البيان، ج11 ص148 وإن سكت بعد انقضاء المجلس حتى مضى العام ونحوه استحق البائع الثمن الخ.

1537 – في المطبوع حتى وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص106 ويم ص93 و م ص76 ومايابى168 (وفي الزايد بعد انقضاء المجلس حتى انقضى العام الخ)

1538 – في المطبوع منه وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيي ص106 ويم ص93 و م ص76 ومايابى168.

1539 – في المطبوع يفترق وما بين المعقوفين من ن ذي ص228 ويحيى ص106 ويم ص93 و م ص76 ومايابى168.

1540 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص107 ويم ص93 و م ص77 ومايابى168.

نص خليل ....

متن الحطاب والركوب في الدواب كالسكنى فيما يسكن والازدراع فيما يزرع. قال: والاستغلال في ذلك كالهدم والبنيان في الدور وكالغرس في الأرضين. ثم قال: ولا فرق في مدة حيازة الوارث على وارثه بين الرباع والأصول والثياب والحيوان والعروض وإنما يفترق ذلك في حيازة الأجنبي [مال الأجنبي[1541]] بالاعتمار والسكنى والازدراع في الأصول والاستخدام والركوب واللباس في الرقيق والدواب والثياب فقد قال أصبغ إن السنة والسنتين في الثياب حيازة إذا كانت تلبس وتمتهن، وإن السنتين والثلاثة حيازة في الدواب إذا كانت تركب وفي الإماء إذا كن يستخدمن وفي العبيد والعروض فوق ذلك ولا يبلغ في شيء من ذلك كله بين الأجنبيين إلى العشرة الأعوام كما يصنع في الأصول.انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من كلام ابن رشد أن اللباس في الثياب كالسكنى في الدور وأنه لا تحصل حيازة بين الأقارب ولو طالت المدة وأن [الاستغلال[1542]] في الرقيق والدواب والثياب بمعنى قبض أجرة العبيد والدواب والثياب كالهدم والبنيان في العقار فلا تحصل الحيازة بين الأقارب في الرقيق والثياب والعروض إلا بالاستغلال، ويختلف في مدتها على القولين السابقين اللذين أشار إليهما المصنف بقوله: "وفي الشريك القريب معهما قولان: أو بالأمور المفوتة كالبيع والهبة والصدقة والعتق والوطء، ويعلم هذا من كلام المصنف؛ لأنه لما جعل ذلك مفوتا بين الأب وابنه علم أنه مفوت في حق غيرهما من باب أحرى. والله أعلم.

الثاني: فهم من قول المصنف: "في الأجنبي" أن القريب لا تفترق الدار من غيرها في حقه، سواء كان شريكا أو غير شريك ففيه إشارة إلى ترجيح القول بتساويهما كما تقدم ذلك.

الثالث: تقدم في كلام ابن رشد [أن[1543]] الثياب يكفي في حيازتها السنة والسنتان ولم يتعرض لها المصنف، بل قد يفهم من كلامه دخولها في العروض فتنبه لذلك.

الرابع: التفصيل الذي ذكرناه عن ابن رشد لا يؤخذ من كلام المصنف ولم ينقله في التوضيح، وهو أتم فائدة فتأمله. والله أعلم.

الخامس: في المدة التي يسقط بها طلب الدين. قال في المسائل الملقوطة من الكتب المبسوطة المنسوب لولد ابن فرحون: الساكت عن طلب الدين ثلاثين سنة لا قول له، ويصدق الغريم في دعوى الدفع ولا يكلف الغريم ببينة لإمكان/ موتهم أو نسيانهم للشهادة. انتهى من منتخب الحكام لابن أبي زمنين. 229
وفي كتاب محمد بن ياسين في مدعي دين سلف بعد عشرين سنة أن المدعى عليه مصدق في القضاء إذ الغالب أن لا يؤخر السلف مثل هذه المدة كالبيوعات.انتهى كلام المسائل الملقوطة. وقال والده ابن فرحون في تبصرته في الباب الثاني والستين في القضاء في شهادة الوثيقة والرهن على استيفاء الحق: فرع: وفي مختصر الواضحة في آخر باب الحيازة قال عبد الملك: وقال لي مطرف وأصبغ إذا ادعى رجل

الحديث ....

[1541] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص107 ويم ص93 و م ص77 ومايابى168.

[1542] – في المطبوع الاستقلال ومايابى168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص228 ويحيى ص107 ويم ص93 و م ص77.

[1543] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م77 ويحيى451 ويم114 ومايابى169 وسيد32.

نص خليل ....

متن الحطاب على رجل حقا قديما وقام عليه بذكر حقه وذلك القيام بعد العشرين سنة ونحوها أخذه به وعلى الآخر البراءة منه. وفي مفيد الحكام أن ذكر الحق المشهود فيه لا يبطل إلا بطول الزمان، كالثلاثين سنة والأربعين، وكذلك [الديون[1544]] وإن كانت معروفة في الأصل إذا طال زمانها هكذا ومن هي له وعليه حضور فلا يقوم عليه بدينه إلا بعد هذا [من[1545]] الزمان، فيقول قد قضيتك وباد شهودي بذلك فلا شيء على المديان غير اليمين.

قال: وكذلك الوصي يقوم عليه اليتيم بعد طول الزمان وينكر قبض ماله من الوصي فإن كانت مدة يهلك في مثلها شهود الوصي فلا شيء عليه، وإلا فعليه البينة بالدفع. انتهى. وقال البرزلي في أثناء مسائل البيوع: رأيت جوابا وأظنه للمازري في الديون فقال: إذا طال الزمان على الطالب وبيده وثائق وأحكام، وهو حاضر مع المطلوب، ولا عذر له يمنعه من الطلب من ظلم ونحوه، وسكت عن الطلب فاختلف المذهب في حد السكوت القاطع لطلب الديون الثابتة، في الوثائق والأحكام هل حد ذلك عشرون سنة؟ وهو قول مطرف، أو ثلاثون سنة وهو قول مالك؟ واتفقا جميعا على أن ذلك دلالة قاطعة لطلب الطالب، وقوله عليه السلام: {لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم} معلل بوجود الأسباب المانعة من الطلب بالغيبة البعيدة، وعدم القدرة على الطلب مع الحضور، حتى إذا ارتفعت هذه الأسباب من الطلب كان طول المدة مع السكوت والحضور دلالة يقوى بها سبب المطلوب؛ بدليل قوله صلى الله عليه وسلم: {من حاز شيئا على خصمه عشر سنين فهو أحق به} فأطلق عليه السلام ذكر الحيازة فهو عام في كل ما يحاز من ربع ومال معين وغيره، ومن اجتهد فحد في الرباع العشر سنين وحد في الدين العشرين والثلاثين رأى أن ذلك راجع إلى حال الطالب مع المطلوب، فمن غلب على حاله كثرة المشاحة، وأنه لا يمكن أن يسكت عن خصمه عشر سنين جعلها حدا قاطعا، ومن جعلها عشرين سنة أو ثلاثين أي أنها أقصى ما يمكن السكوت في بيع [المتحمل[1546]] فجعلها حدا قاطعا لأعذار الطالبين؛ لأن الغالب من الحال أنه قضاه.

وقد قضى بتغليب الأحوال عمر بن الخطاب، وقاله مالك فيمن له شيء ترك غيره يتصرف فيه، ويفعل فيه ما يفعل المالك الدهر الطويل فإن ذلك مما يسقط الملك ويمنع الطالب من الطلب. قاله مالك وابن وهب وابن عبد الحكم وأصبغ وإذا كان طول المدة مع حضور الطالب وسكوته مانعا له من الطلب فالطلب ممنوع في سائر المطالب [من ديون و[1547]] وثائق وأحكام ورباع؛ بدليل أن السكوت في ذلك يعد كالإقرار المنطوق به من الطالب للمطلوب بأنه لا حق له عليه ولا تباعة ولا طلب.

قلت: هذا الجواب يقتضي أن ما بعد الثلاثين مجمع عليه، وإذا أجراه على مسائل الحيازة ففيها قريب القرابة والبعيد والمتوسط والمقاطع لقريبه والمواصل له فيجري عليها، وفي بعضها ما يبلغ الخمسين وأكثر، مع أني أحفظ لابن رشد في شرحه أنه إذا تقرر الدين وثبت لا يبطل وإن طال لعموم الحديث المتقدم، واختاره التونسي، إذا كان ذلك بوثيقة مكتوبة،وهي في يد الطالب والطلب بسببها؛

الحديث ....

[1544] – في المطبوع الدين وما بين المعقوفين من يحيى107 ويم93 وم77 ومايابى169.

[1545] – في المطبوع بطول وما بين المعقوفين من سيد32 ويم114 والتبصرة، ج2 ص85.

[1546] *– في يم114 وسيد32 التحمل.

[1547] – في المطبوع دون وثائق وما بين المعقوفين من ن عدود ص229 ويحيى ص107 و م ص77 ومايابى169.

نص خليل

بَاب إِنْ أَتْلَفَ مُكَلَّفٌ وَإِنْ رُقَّ غَيْرُ حَرْبِيٍّ وَلاَ زَائِدِ حُرِّيَّةٍ أَوْ إِسْلاَمٍ حِينَ الْقَتْلِ إِلاَّ لِغِيلَةٍ مَعْصُومًا لِلتَّلَفِ وَالإِصَابَةِ بِإِيمَانٍ أَوْ أَمَانٍ كَالْقَاتِلِ مِنْ غَيْرِ الْمُسْتَحِقِّ.

متن الحطاب

لأن بقاءها بيد ربها دليل على أنه لم يقبض دينه؛ إذ العادة إذا قبض دينه أخذ عقده أو مزقه بخلاف إذا كانت الديون بغير عقود [أو[1548]] وجدت [بيد[1549]] المطلوب وإلا ففيها قولان حكاهما

230

ابن رشد/ وخرجهما على القولين في الرهن إذا وجد بيد الراهن هل هو إبراء له أم لا لجواز [وقوعه أو التسور[1550]] عليه ونحو ذلك، وقياسه على باب الحيازة فيه نظر لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله، وأما إذا ثبت أصله بكراء أو إعارة أو إعمار أو غير ذلك فلا يزال الحكم كذلك وإن طال الزمان والدين إن ثبت أصله أيضا وإن كان في هذا الأصل خلاف في كتاب الولاء من المدونة، لكن مذهب ابن القاسم ما ذكره خلافا لقول الغير.

وعليه جرى عمل القضاة في هذا الزمان بتونس ما لم تقترن قرائن تدل على دفع الدين مع طول الزمان فيعمل عليها في البراءة. والله أعلم. انتهى. ويشير -والله أعلم- بقوله: "وقياسه على باب الحيازة فيه نظر" لما أصل ابن رشد أن ترجيح الحيازة إنما هو فيما جهل أصله إلى ما قاله في شرح المسألة الرابعة من سماع يحيى من كتاب الاستحقاق، ولنذكر المسألة وكلامه عليها، ونصها: مسألة قال يحيى وسألت ابن القاسم عن رجل أصدق امرأة عن ابنه منزلا فلما دخل ابنه بالمرأة أخذت المنزل إلا حقولا يسيرة تركتها في يد حموها فلم تزل في يده حتى مات بعد طول زمان ثم أرادت المرأة أخذها فمنعها ورثة الحمو وقالوا قد عاينتيها زمانا من دهرك وهي في يده ولا [تشهدين[1551]] [1552] عليه بعارية ولا كراء ولا ندري لعلك أرضاك من حقك أترى للمرأة في ذلك حقا قال نعم لها أن تأخذ تلك الحقول التي هي مما كان أصدقها الحمو عن ابنه ولا يضرها طول ما تركت ذلك في [يد[1553]] الحمو لأنها ليست بالصدقة فتلزم حيازتها، وإنما الصداق ثمن من الأثمان، وكذلك لو تركت كل ما أصدقها في يد الحمو لم يضرها ذلك.

قال ابن رشد: هذه المسألة صحيحة بينة لا إشكال فيها ولا اختلاف لأن حقها تركته في يد حموها فلا يضرها ذلك طال الزمان أو قصر لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لا يبطل حق امرىء مسلم وإن قدم} وليس هذا من وجه الحيازة التي ينتفع بها الحائز، ويفرق بين القرابة والأجنبيين والأصهار فيها؛ إذ قد عرف وجه كون الأحقال بيد الحمو فهي على ذلك محمولة حتى يعرف مصيرها إليه بوجه صحيح؛ لأن الحائز لا ينتفع بحيازته إلا إذا جهل أصل مدخله فيها وهذا أصل في الحكم بالحيازة. وبالله التوفيق.

ص: **باب إن أتلف مكلف الخ** ش: هذا باب يذكر فيه المصنف أحكام الدماء وأحكام القصاص قال

231

البساطي: وهو باب متسع/ متروك ينبغي الالتفات إليه، ولا شك أن حفظ النفوس مجمع عليه بل هو

الحديث

....

1548 – في المطبوع مت115. يحيى451. مك77. ولو وما بين المعقوفين من ن ز ص229.

1549 – في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من ن عدود ص229 ويحيى ص107 ويم ص94 و م ص77 ومايابى170.

1550 *– في المطبوع وسقوطه او التسور وما بين المعقوفين من م77 ويحيى452 وسيد32.

1551 – في المطبوع تشهدي وما بين المعقوفين من م77 ويم115 ويحيى452 ومايابى170 وسيد33.

1552 *– في م77 ويحيى452 ويم115 ومايابى170 وسيد33 ولا تشهدين عليه ص230.

1553 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص230 ويحيى ص107 و م ص77 ومايابى170.

نص خليل ....

متن الحطاب

من الخمس المجمع عليها في كل ملة. قال ابن عرفة: ونقل الأصوليون إجماع الملل على حفظ الأديان والنفوس والعقول والأعراض والأموال، وذكر بعضهم الأنساب عوض الأموال، ونقله في التوضيح، ولا شك أن قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منها وفي قبول توبته وإنفاذ الوعيد فيه خلاف بين الصحابة ومن بعدهم، وأخذ لمالك القولان فأخذ من قوله لا تجوز إمامته عدم القبول، وأخذ من قوله ليكثر من العمل الصالح والصدقة والجهاد والحج القبول، واختلف في تخليده، والصحيح عدم تخليده، ورد ابن عرفة الأخذ الأول بأن التوبة أمر باطني وموجب نصب الإمامة أمر ظاهري فلا يلزم من منع الإمامة عدم قبول التوبة، ونص كلامه: قال ابن رشد: قتل المسلم عمدا عدوانا كبيرة ليس بعد الشرك أعظم منه، وفي قبول التوبة منه وإنفاذ وعيده مذهبا الصحابة وإلى إنفاذ وعيده ذهب مالك لقوله لا تجوز إمامته.

قلت: لا يلزم منه عدم قبول توبته لعدم رفع سابق حرمته وقبول التوبة أمر باطني وموجب نصب الإمامة أمر ظاهر، وقال في سماع عيسى قول مالك ليكثر العمل الصالح والصدقة والحج والجهاد ويلزم الثغور من تعذر منه القود دليل على الرجاء عنده في قبول توبته خلاف قوله لا تجوز إمامته. قال: والقول بتخليده خلاف السنة ومن توبته عرض نفسه على ولي المقتول قودا ودية. اهـ. وقال في الذخيرة عن ابن رشد أيضا في التعليل لعدم قبول توبته: لأن من شروط التوبة رد التبعات ورد الحياة على المقتول متعذر إلا أن يحلله المقتول قبل موته بطيب نفسه، وقال فيها أيضا: و[كان[1554]] ابن شهاب إذا سئل عن توبته سأل هل قتل أم لا، ويطاوله في ذلك فإن تبين له أنه لم يقتل قال لا توبة [له،[1555]] وإلا قال له التوبة وهو حسن في الفتوى. انتهى. وانظر الكلام على حديث[1556] أسامة والمقداد[1] في أوائل كتاب الإيمان من شرح مسلم للأبي وعياض والقرطبي.

فرع: قال في الذخيرة: فإن قتل القاتل قصاصا قبل ذلك كفارة له لقوله عليه الصلاة والسلام: {الحدود كفارات لأهلها} وقيل ليس [بكفارة[1557]] لأن المقتول لا منفعة له في القصاص بل منفعته للأحياء زجرا أو تشفيا والمراد بالحديث حقوق الله تعالى المحضة.

فائدتان: الأولى: قوله تعالى: ﴿ من أجل ذلك كتبنا على بني إسرائيل أنه من قتل نفسا بغير نفس ﴾ الآية فيها سؤال وهو [ما[1558]] وجه تشبيه قتل النفس الواحدة بقتل جميع الناس وإحيائها بإحياء

الحديث

1 – عن عبيد الله بن عدي بن الخيار عن المقداد بن الأسود أنه أخبره أنه قال يا سول الله أرأيت إن لقيت رجلا من الكفار فقاتلني فضرب إحدى يدي بالسيف فقطعها ثم لاذ مني بشجرة فقال أسلمت لله أفأقتله يا رسول الله بعد أن قالها قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتله قال فقلت يا رسول الله إنه قد قطع يدي ثم قال ذلك بعد أن قطعها أفاقتله قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تقتله فإن قتلته فإنه بمنزلتك قبل أن تقتله وإنك بمنزلته قبل أن يقول كلمته التي قال. مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث 95.

– حدثنا أبو ظبيان قال سمعت أسامة بن زيد بن حارثة يحدث قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى الحرقة من جهينة فصبحنا القوم فهزمناهم ولحقت أنا ورجل من الأنصار رجلا منهم فلما غشيناه قال لا إله إلا الله فكف عنه الأنصاري وطعنته برمحي حتى قتلته. قال فلما قدمنا بلغ ذلك النبي صلى الله عليه وسلم فقال لي يا أسامة أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله قال قلت يا رسول الله إنما كان متعوذا قال فقال أقتلته بعد ما قال لا إله إلا الله قال فما زال يكررها علي حتى تمنيت أني لم أكن أسلمت قبل ذلك اليوم، مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، دار إحياء التراث العربي، بيروت 1972، رقم الحديث 96.

[1554] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 ويحيي ص108 ويم ص94 و م ص78 ومايابى171.

[1555] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 ويحيى ص108 ويم ص94 و م ص78 ومايابى171.

[1556] *– كذا في يم115 وسيد34.

[1557] – في المطبوع بكفارات وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج9 ص4.

[1558] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص231 ويحيى ص108 ويم ص115 و م ص78 ومايابى171.

نص خليل ....

متن الحطاب

جميع الناس والتشبيه في لسان العرب إنما يكون بين المتقاربين جدا، وقتل جميع الناس بعيد من قتل النفس الواحدة بعدا شديدا، وكذلك إحياؤها. قال القرافي في الجواب: قال بعض العلماء إن المراد بالنفس إمام مقسط أو حاكم عدل أو ولي ترتجي بركته/ العامة، فلعموم منفعته كأنه قتل من كان ينتفع به، وهم المراد بالناس، وإلا فالتشبيه مشكل، وقال مجاهد لما كان قتل جميع الناس لا يزيد في العقوبة على عقوبة قاتل النفس الواحدة شبهه به. قال: وهو مشكل؛ لأن قاعدة الشرع تفاوت العقوبات بتفاوت الجنايات [وإذا[1559]] توعد الله قاتل الواحد بعذاب عظيم وعيده، اعتقدنا مضاعفته في حق الاثنين، فكيف بجميع الناس؟ انتهى بالمعنى.

232

الثانية: قوله تعالى: ﴿ ولكم في القصاص حياة ﴾ قيل الخطاب للورثة لأنهم إذا اقتصوا فقد سلموا وحيوا بدفع شر هذا القاتل عنهم الذي صار عدوهم، وقال بعضهم الخطاب للقاتلين؛ لأنه إذا اقتص منهم فقد محي إثمه فحيي حياة معنوية، وعلى القولين فلا إضمار، وقيل الخطاب للناس والتقدير ولكم في مشروعية القصاص حياة؛ لأن الشخص إذا علم أنه يقتص منه يكف عن القتل، ويحتمل أن لا يكون في الآية تقدير أيضا، ويكون القصاص نفسه فيه الحياة، أما لغير الجاني فلانكفافه، وأما للجاني فلسلامته من الإثم. قاله في التوضيح وابن عبد السلام. والقصاص تارة يتعلق بالنفس، وتارة يتعلق بالأطراف، وبدأ المصنف بالكلام على القصاص في النفس، وله ثلاثة أركان القاتل والمقتول والقتل، فبدأ المصنف بالكلام على القاتل فقال: "إن أتلف مكلف الخ" وإنما قال أتلف، ولم يقل قتل؛ لأن الإتلاف يشمل المباشرة والتسبب، والقتل إنما يتبادر للمباشرة، وذكر أنه يشترط في وجوب القصاص على القاتل ثلاثة شروط: الأول أن يكون مكلفا، وهو العاقل البالغ، فلا قصاص على صبي ولا مجنون، وعمدهما كالخطإ لقوله صلى الله عليه وسلم: {رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ، وعن الغلام حتى يحتلم، وعن المجنون حتى يفيق[1]} رواه أبو داود وغيره بروايات متعددة ذكرتها في حاشية الأحاديث المشتهرة.

تنبيه: المرفوع في الحديث إنما هو الإثم، وهو من باب خطاب التكليف، وأما الضمان فهو من باب خطاب الوضع وخطاب التكليف [هو[1560]] الأحكام الخمسة [الوجوب[1561]] وشرط فيه علم المكلف وقدرته، وخطاب الوضع هو الخطاب بكثير [من[1562]] الأسباب والشروط والموانع، ولا يشترط [فيه[1563]] علم

الحديث

1 – رفع القلم عن ثلاثة عن المجنون المغلوب على عقله حتى يفيق وعن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم، سنن أبي داوود، داود بن سليمان، دار إحياء السنة، رقم الحديث 4401.

[1559] – في المطبوع ولذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 ويحيى ص108 ويم ص94 و م ص78 ومايابى171.

[1560] – في المطبوع هي وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 ويحيى ص109 و م ص78 ومايابى172 التكليف والاحكام.

[1561] *– كذا في النسخ التي بأيدينا.

[1562] – ساقطة من المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 ويحيى ص109 ويم ص94 و م ص78 ومايابى172.

[1563] – في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 ويحيى ص109 ويم ص94 و م ص78 ومايابى172.

نص خليل ....

متن الحطاب المكلف ولا قدرته ولا كونه من كسبه، فيضمن النائم ما أتلفه في حال نومه من الأموال في ماله، وكذلك ما أتلفه من الدماء، غير أنه إن كان دون ثلث الدية فعليه [1564]، وإن بلغ ثلث الدية فأكثر فهو على عاقلته، وليس هذا بمعارض للحديث المذكور[1]؛ لما قدمناه من كونه من باب خطاب الوضع الذي معناه أن الله تبارك وتعالى قال إذا وقع هذا في الوجود فاعلموا أني حكمت بكذا. والله أعلم.

فرع: فإن قتل المجنون في حال إفاقته اقتص منه. قاله في المدونة وغيرها. قال في التوضيح: ويقتص منه في حال إفاقته. ابن المواز: فإن أيس من إفاقته كانت الدية عليه في ماله، وقال المغيرة يسلم إلى أولياء المقتول يقتلونه إن شاؤا قال: ولو ارتد ثم جن لم أقتله حتى يصح لأني أدرأ الحدود بالشبهات ولا أقول هذا في حقوق الناس، [ورأى[1565]] اللخمي أن يكون الخيار لأولياء المقتول، فإن شاؤا قتلوا هذا المجنون وإن شاؤا أخذوا الدية إن كان له مال وإلا اتبعوه بها. انتهى. وقال في الشامل: فإن أيس من إفاقته فهل يسلم للقتل أو تؤخذ الدية من ماله؟ قولان، وقال اللخمي يخير الولي في أيهما شاء. انتهى. فساووا بين القولين مع أن الثاني لابن المواز.

فرع: فلو أشكل على البينة أقتل في حال عقله أو جنونه. قال ابن ناجي في شرح الرسالة: فقال بعض من لقيناه من القرويين لا يلزمه شيء، وهو الصواب، وقاله شيخنا أبو مهدي معللا بأنه شك في المقضي عليه؛ لأن القاضي لا يحكم عليه إلا بعد أن تشهد عنده البينة أنه قتل في حال كونه في عقله. انتهى. ودخل في كلامه السكران، وهو كذلك، والرقيق، ولهذا بالغ به فقال: "وإن رق" ثم أشار إلى الشرط الثاني بقوله: "غير حربي" يعني أن الحربي لا يقتص منه إذا قتل في حال حرابته، ثم أشار إلى الشرط الثالث/ بقوله: "ولا زائد حرية أو إسلام" يعني فلا يقتل الحر بالعبد إلا أن يكون الحر كافرا والعبد مسلما، فيقتل الحر الكافر بالعبد المسلم على المشهور، خلافا لسحنون، وهو أحد قولي ابن القاسم، وقوله: "أو إسلام" أي فلا يقتل المسلم بالكافر، ولو كان المسلم عبدا والكافر حرا. قال في البيان: اتفاقا، وقوله: "حين القتل" يعني [أن المعتبر التكافؤ[1566]] حين القتل، فلو أسلم الكافر بعد أن قتل كافرا قتل به، وكذلك لو عتق العبد بعد قتله عبدا فإنه يقتل به. 233

فرع: قال في المجموعة في نصراني قتل نصرانيا عمدا، ولا ولي له إلا المسلمون، ثم أسلم، قال العفو عنه أحب إلي، إذا صار الأمر للإمام؛ لأن حرمته الآن أعظم من المقتول، ولو كان للمقتول ولد كان القود لهم وقوله: "إلا لغيلة" قال في التوضيح في باب الحرابة: الغيلة أن يخدع غيره ليدخله موضعا ويأخذ ماله. انتهى. وقال ابن عرفة: الباجي عن ابن القاسم: قتل الغيلة حرابة، وهو قتل الرجل خفية لأخذ ماله. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: قال أهل اللغة قتل الغيلة هو أن يخدعه فيذهب به إلى موضع خفية فإذا صار فيه قتله، فهذا يقتل به ولا عفو فيه. قال: ونقل عن أصحابنا، وأظنه البوني أنه اشترط في ذلك أن يكون القتل على مال. قال: وأما النائرة بينهما – وهي العداوة– فيجوز العفو عنه. قال ابن ناجي: ما ظنه عن البوني مثله نقل الباجي عن

الحديث 1- سبق تخريجه ص443.

1564 – في المطبوع ويم ص95 الدية وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 و م ص78 ومايابى172 الدية وإن بلغ.
1565 – في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من ن عدود ص232 ومايابى172 ويحيى ص109 و م ص78.
1566 – في المطبوع أن المعتبر في التكافؤ وما بين المعقوفين من م78.

نص خليل وَأَدَّبَ كَمُرْتَدٍّ وَزَانٍ أَحْصَنَ وَيَدِ سَارِقٍ.

متن الحطاب العتبية والموازية، وذكر لفظه المتقدم. قال ابن ناجي: قال الباجي: ومن أصحابنا من يقول هو القتل على وجه القصد الذي لا يجوز عليه الخطأ، وقبله ابن زرقون. انتهى. وقال عياض: يعني اغتاله لأخذ ماله، ولو كان لنائرة ففيه القصاص، والعفو فيه جائز. قاله ابن أبي زمنين، وهو صحيح جار على الأصول؛ لأن هذا غير محارب وإنما يكون له حكم المحارب إذا أخذ المال، أو فعل ذلك لأجل المال. اهـ. ونقله أبو الحسن الصغير، وكذلك قال ابن رشد في رسم مرض وله أم ولد من سماع ابن القاسم من كتاب المحاربين أن قتل الغيلة هو القتل على مال. انتهى.

فرع: والغيلة في الأطراف كالغيلة في النفس. قال في أثناء كتاب الديات من المدونة: ومن قطع يد رجل أو فقأ عينه على وجه الغيلة فلا قصاص له، والحكم للإمام، إلا أن يتوب قبل أن يقدر عليه، فيكون فيه القصاص. انتهى.

فرع: والمرأة كالرجل في الغيلة. قال أبو الحسن هنا فرع اختلف إذا قام بقتل الغيلة شاهد واحد هل فيه قسامة أم لا؟ انظر أبا الحسن.

فرع: قال في المدونة: ومن قتل وليه غيلة فصالح فيه على الدية فذلك مردود، والحكم فيه للإمام. قال أبو الحسن: إلا أن يحكم به حاكم، ثم أشار إلى الركن الثاني بقوله: "معصوما" يعني أنه يشترط في وجوب القصاص أن يكون المقتول معصوما، وظاهره وسواء أنفذت مقاتله أم لا، وانظر المسألة في سماع يحيى وعيسى [وأبي زيد[1567]] من الديات فإن ابن رشد ذكر فيمن أجهز على من أنفذ مقاتله شخص آخر هل يقتل به الأول أو الثاني؟ قولين، وقال في الشامل: ولو أنفذ واحد مقاتله وأجهز عليه ثان قتل وعوقب الأول، وقيل بالعكس.

ص: وأدب كمرتد وزان أحصن ش: وكذا المحارب والزنديق. قال ابن عرفة: قال محمد لا شيء على من قتل زنديقا. اللخمي: وكذا الزاني المحصن والمحارب، ولا دية لهم إن قتلوا خطأ، وفي الموازية: من قطع يد سارق خطأ فلا دية له، وقال في موضع آخر له ديتها. فعليه تجب الدية في هذين إن قتلا خطأ، وإن قطع لهما عضو فلهما القصاص في العمد والدية في الخطإ؛ لأن الحد إنما وجب في النفس لا في العضو. [الشيخ:[1568]] قال عيسى: من اغتاظ من ذمي يشتم النبي صلى الله عليه وسلم فقتله، فإن كان شتما يوجب قتله وثبت ذلك ببينة فلا شيء عليه وإن لم يثبت ذلك فعليه ديته وضرب مائة وسجن عاما. انتهى. وقال في التوضيح: ونص على نفي القصاص عن قاتل المرتد ولو كان القاتل نصرانيا. اهـ. ولا معارضة بين هذا وبين قوله في الديات إن دية المرتد كدية المجوسي لأنه إنما نفى هنا القصاص، والكلام هناك في/ الديات، ونفي أحدهما لا يستلزم نفي الآخر، وأما الزاني المحصن فليس فيه دية، والفرق بينهما أن المرتد تجب استتابته على المذهب، فكأن قاتله قتل كافرا محرم القتل، بخلاف الزاني المحصن فتأمله. 234

الحديث ....

[1567] *- في المطبوع وابن أبي زيد وما بين المعقوفين من يم116 ويحيى453 وم79 ومايابى173.

[1568] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص233 ويحيى ص109 ويم ص95 و م ص79 ومايابى173.

نص خليل فَالْقَوَدُ عَيْنًا.

متن الحطاب **تنبيه:** قال ابن عبد السلام: ينبغي [أن يَخْتَلِفَ مِقْدَارُ أدَبِهِمْ[1569]]؛ فمن طلب الستر عليه كالزاني المحصن تكون الجرأة على القاضي بقتله أكثر وكفر الزندقة أشد من كفر الارتداد الظاهر انتهى. يعني فيكون الأدب في كفر الارتداد أشد. والله أعلم.

تنبيه: قال أبو الحسن في كتاب الديات: قالوا وهذا إذا كان هناك من ينصفه ويمكنه من حقه. قال أبو عمران: الذي يقتل وليه رجل فلا يمكن من أخذ حقه عند السلطان، فيقتل الولي قاتل وليه غيلة أو باحتيال أنه لا أدب عليه، ولا شيء؛ لأنه إذا لم يكن السلطان ينصفه فهو يأخذ حقه بنفسه. انتهى.

فائدة: من هذا المعنى ما قاله البرزلي في كتاب الأقضية في أثناء مسألة وهي تجري عندي على قاعدة من فعل فعلا لو رفع إلى القاضي لم يفعل غيره، هل يكون بمنزلة ما لو رفع أم لا؟ انتهى.

ص: فالقود عينا ش: يعني إذا وقعت الجناية بالشروط المذكورة على النفس أو المال فالواجب في ذلك عند ابن القاسم إنما هو القود، أي القصاص، وليس لورثة المقتول أن يعفوا على الدية، وكذلك ليس للمجني عليه في الجراح أن يعفو على الدية، وهو مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب [وهو المشهور؛[1570]] فإنه قال: الواجب التخيير بين القصاص وبين الدية، وهو اختيار جماعة من المتأخرين لما في الصحيحين عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال: {من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن [يودى[1571]] وإما أن يقاد[1]} وعلى قول أشهب بتخيير الأولياء بين القصاص وبين الدية، فإن طلب الأولياء منه الدية فإنه يجبر على ذلك، إن كان مليا. قال ابن يونس: قال مالك: وقاتل العمد يطلب منه الأولياء الدية فيأبى إلا أن يقتلوه فليس لهم إلا القتل.

قال الله تعالى: ﴿كتب عليكم القصاص في القتلى﴾ وقال أشهب ليس له أن يأبى، ويجبر على ذلك إن كان مليا لأنه في قتل نفسه ليترك ماله لغيره مضار، وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل للأولياء إن أحبوا أن يقتلوا فليقتلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية[2]، وقاله ابن المسيب. انتهى. قال في التوضيح: قال جماعة: والخلاف إنما هو في النفس وأما جراح العمد فيوافق أشهب المشهور، ونقل عن ابن عبد الحكم التخيير في جراح العمد كالنفس وفرق الباجي بين الجرح والنفس على رواية أشهب؛ بأن الجارح يريد [استبقاء[1572]] المال لنفسه، والقاتل إنما يترك المال لغيره فهو مضار بامتناعه من

الحديث 1 – عن أبي هريرة أن خزاعة قتلوا رجلا وقال عبد الله بن رجاء، حدثنا حرب عن يحيا حدثنا أبو سلمة حدثنا أبو هريرة أنه عام فتح مكة قتلت خزاعة رجلا من بني ليث بقتيل لهم في الجاهلية فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إن الله حبس عن مكة الفيل وسلط عليهم رسوله والمؤمنين ألا وإنها لم تحل لأحد قبلي ولا تحل لأحد بعدي ألا وإنما أحلت لي ساعة من نهار ألا وإنها ساعتي هذه حرام لا يختلى شوكها ولا يعضد شجرها ولا يلتقط ساقطتها إلا منشد ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما يودى وإما يقاد، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6880. ج4، ص312. ومسلم في صحيحه، كتاب الحج، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث1355.

2– من قتل عمدا دفع إلى أولياء القتيل فإن شاءوا قتلوا وإن شاءوا أخذوا الدية، ابن ماجه،رقم الحديث 2626 ج2 ص877.

[1569] *-في المطبوع والنسخ التي بأيدينا أن يختلف في مقدار أدبهم وما بين المعقوفين من منح الجليل لمحمد عليش، ج9، ص9.

[1570] – ساقطة من المطبوع ويم ص 95 ويحيى ص454 وم ص79 وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ومايابى174.

[1571] – في المطبوع يؤدي الدية وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 ويم ص95 و م ص79 ومايابى174.

[1572] – في المطبوع استيفاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 ويم ص95 و م ص79 ومايابى174.

نص خليل ....

متن الحطاب

الدية انتهى. وقد يكون بعض الناس وارثه أعز عنده من نفسه. والله أعلم. انتهى.
تنبيه: يستثنى من هذا ما إذا جرح العبد عبدا مثله، أو قتله، فإن لسيد المجروح أو المقتول أن يقتص له وله أن يختار أخذ العبد الجاني، فإن اختار القصاص فلا إشكال، وإن استحيا العبد الجاني خير سيده في فدائه بدية الحر، أو بقيمة العبد وفي إسلامه وفي الجراح يخير بين أن يسلمه أو يفديه بأرش ذلك الجرح إن كان له أرش مسمى، وإن لم يكن له أرش مسمى فإن حصل عنه عيب خير بين إسلامه وفدائه بما يوجبه ذلك العيب، وإن لم يحصل عيب فليس فيه إلا القصاص، إن كان المجني عليه عبدا، وإن كان حرا فلا شيء فيه إلا الأدب، كما سيأتي عند قول المصنف: "إلا ناقصا جرح كاملا"
تنبيه: فإذا جرح عبد عبدا [عمدا[1573]] وبرىء قبل أن يعلم سيده، فإنه يدعى الجارح، فيقال صف الجرح، واحلف على ما ذكرت، فإن امتنع فانظر هل يقال للسيد صف الجرح واحلف عليه، سواء أراد القصاص أو أراد أخذ الأرش، أو يفصل في ذلك، فإن أراد القصاص قيل للعبد صف الجرح واقتص، وإن أراد الأرش قيل للسيد صف الجرح واحلف عليه؟ لم أر فيه نصا، والظاهر أنه يجري [على[1574]] الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فهل يحلف السيد معه مطلقا سواء أراد القصاص أو الأرش، قال في/ المقدمات في كتاب جنايات العبد: وهذا قول مالك. أو يفصل في ذلك، وهو قول أصبغ والمغيرة؟. انتهى. 235
وسئلت عن ذلك في عبدين ضرب أحدهما صاحبه بعصا على حاجب عينه فشجه وأسال دمه بجرح العصا، فضربه الآخر بجنبية تحت ثديه، فهل لكل واحد منهما القصاص من جارحه أم لا يجب في ذلك إلا الأرش أم يجب الأرش في جرح العصا والقصاص في جرح الآخر؟ وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يجد كل واحد من سيد العبدين بينة تشهد بمقدار عرض جرح عبده، فما يكون الحكم في ذلك وهل يجب بالدعوى في الجراحة أن يعين عرضها وقدرها أم لا؟ فأجبت: لسيد كل واحد من العبدين أن يقتص من جارح عبده، وله أن يأخذ العبد الجارح لعبده إلا أن يفديه سيده بأرش ذلك الجرح إن كان له أرش مسمى، فإن لم يكن له أرش مسمى، فإن برىء الجرح على شين فما نقصه ذلك الشين، وإن لم يكن فيه شين فليس فيه إلا القصاص، وسواء كان الجرح بعصا أو بغيرها، وقول أصحابنا لا قصاص في ضربة العصا إنما يريدون إذا لم يكن عنها جرح، وإذا اندمل الجرحان قبل القصاص ولم يوجد من يشهد [عليهما[1575]] فإنه يقال للجارح صف قدر الجرح الذي جرحته وغوره واحلف عليه، ولا يلزمك غيره، فإن أبى لم أر فيه نصا، والظاهر أنه ينظر فإن أراد سيد العبد المجروح الأرش قيل له صف الجرح واحلف عليه، ولا يلزمك غيره، وإن أراد القصاص فيختلف فيه هل يحلف

الحديث ....

[1573] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 و م ص79 ومايابى174.
[1574] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص234 ويحيى ص110 و م ص79 ومايابى174.
[1575] – في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 ويحيى ص110 ويم ص96 و م ص79 ومايابى175.

نص خليل

وَلَوْ قَالَ إِنْ قَتَلْتَنِي أَبْرَأْتُكَ وَلاَ دِيَةَ لِعَافٍ مُطْلِقٍ إلاَّ أَنْ تَظْهَرَ إِرَادَتُهَا فَيَحْلِفُ وَيَبْقَى عَلَى حَقِّهِ إِنْ امْتَنَعَ كَعَفْوِهِ عَنِ الْعَبْدِ وَاسْتَحَقَّ وَلِيُّ دَمٍ مَنْ قَتَلَ الْقَاتِلَ أَوْ قَطَعَ يَدَ الْقَاطِعِ كَدِيَةِ خَطَإٍ فَإِنْ أَرْضَاهُ وَلِيُّ الثَّانِي فَلَهُ وَإِنْ فُقِئَتْ عَيْنُ الْقَاتِلِ أَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَلَوْ مِنَ الْوَلِيِّ بَعْدَ أَنْ أَسْلَمَ لَهُ فَلَهُ الْقَوَدُ.

متن الحطاب

هو أو يحلف العبد، على الخلاف فيما إذا قام للعبد شاهد واحد بالجرح، فإن امتنعا من الحلف لم يجب من الجراح إلا ما لا يشك فيه. والله أعلم.

فرع: فإن شهدت البينة على الجرح ولم تعرف قدره أو اسمه أو كتبته في ورقة وضاعت فقال في النوادر في ترجمة من يستقيد للمجروح وكيف يقاد من الجراح: ومن المجموعة قال أشهب: وإذا جرحه موضحة وعليه بينة لا [تدري[1576]] كم طولها فقد ثبت له موضحة، وليس في العمد إلا القود فليوقف الشهود على أقل موضحة، فإن وقفوا عنده لم يجاوزوه [حلف[1577]] المشهود عليه على ما فوق ذلك وقيد منه بذلك، وإن لم يحلف حلف الآخر واستقاد ما ادعى قال سحنون فيمن جرح رجلا عمدا ولم يؤخذ قياس الجرح حتى برىء: فليدع الجارح [فيصف[1578]] قدر ضربته وأين بلغت ويحلف على ذلك ويقتص منه على ما أقر به وإن لم يصف وأبى قيل للمجروح صف ذلك واحلف فيحلف ويقتص له منه، وإن أبى نظر إلى ما لا يشك فاقتص بقدر ذلك، وروى محمد بن خالد عن ابن القاسم في المجروح عمدا يكتب قياس جرحه حتى يبرأ، فيذهب الكتاب ولا تثبت البينة طوله وغوره، وقد أصابه من ذلك عيب أو شلل فليستنزل البينة من معرفة الجرح إلى ما لا يشكون فيه، فإن ثبتوا على أمر اقتص منه على قدر ذلك، فإن عابه أو أشله كالأول وإلا عقل له العيب والشلل، قيل أتقبل شهادة الذي عقل جرحه وعرف طول غوره وإن لم [يعرفه غيره؟[1579]] قال: نعم مع يمينه. انتهى. وانظر كتاب الشهادات ففيه بعض شيء يتعلق بهذا.

ص: ولو قال إن قتلتني أبرأتك ش: قال ابن الحاجب: ولو قال للقاتل إن قتلتني أبرأتك أو قد وهبت/ لك دمي فقولان. قال ابن القاسم: وأحسنهما أن يقتل بخلاف عفوه بعد علمه أنه قتله، فلو أذن في قطع يده عوقب ولا قصاص. قال في التوضيح: هذا الذي نسبه المؤلف لابن القاسم، وذكر في الجواهر أن أبا زيد رواه عن ابن القاسم، هو في العتبية لسحنون، وذكر لفظ العتبية. ثم قال: وزاد في البيان ثالثا فنفى القصاص لشبهة عفو القصاص من المقتول، وتكون الدية عليه في ماله، قال وهو أظهر الأقوال. انتهى.

236

وقال ابن عرفة بعد ذكره لفظ العتبية: وفي النوادر [عن أبي زيد[1580]] عن ابن القاسم مثل لفظ سحنون، ثم ذكر عن الصقلي أنه نقل عن سحنون نفي القصاص، خلاف اختياره في العتبية، ونصه: قال الصقلي في كتاب الجعل والإجارة: وروى ابن سحنون عنه من قال لرجل اقتلني ولك ألف درهم فقتله فلا قود عليه، ويضرب مائة ويحبس عاما ولا جعل له، وقال يحيى بن عمر: للأولياء قتله.

الحديث

....

[1576] *- في المطبوع يدري والمثبت من يحيى454 وم80 ويم117 وميابى175.

[1577] *- في المطبوع وحلف وما بين المعقوفين من يحيى454 وميابى175 ويم117 وم80.

[1578] - في المطبوع فيوصف وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 ويحيى ص110 ومايابى175.

[1579] - في المطبوع ويحيى ص111 يعرف غوره وما بين المعقوفين من ن عدود ص235 ويم ص96 ومايابى175.

[1580] *- في المطبوع عن ابن أبي زيد وما بين المعقوفين من يم117 ويحيى455 وسيد33 ومايابى175.

نص خليل وَقُتِلَ الأدْنَى بِالأعْلَى كَحُرٍّ كِتَابِيٍّ بِعَبْدٍ مُّسْلِمٍ.

متن الحطاب قال: ولو قال اقتل عبدي ولك كذا، أو بغير شيء، فقتله ضرب مائة وحبس [عاما،[1581]] وكذا السيد يضرب ويحبس، واختلف هل تكون [له[1582]] على القاتل قيمة العبد أم لا؟ فالصواب لا قيمة له، كما لو قال له احرق ثوبي ففعل، فلا غرم. الشيخ: روى ابن عبدوس من قال لرجل اقطع يدي أو يد عبدي عوقب المأمور، ولا غرم عليه في الحر والعبد. ابن حبيب عن أصبغ: يغرم قيمة العبد لحرمة القتل، كما تلزمه دية الحر إذا قتله بإذن وليه. انتهى.

وفي سماع سحنون من كتاب الجنايات قيل لسحنون أصبغ يقول: يغرم قاتل العمد بأمر سيده قيمته؛ فقال ليس هذا بشيء لا قيمة على القاتل؛ لأن صاحبه عرضه للتلف والعبد مال من الأموال وليس على من أتلفها بإذن ربها شيء، ويضرب القاتل مائة ويسجن، ويؤدب الآمر أدبا موجعا. ابن رشد: لأصبغ في الواضحة مثل قوله هنا إلا أنه قال إنما أغرمته لحرمته على قوله وقال يضرب السيد والقاتل مائة سوط ويسجنان عاما، وقول أصبغ في الواضحة إنما أغرمه القيمة لحرمته ليس بجيد لأن إغرامه القيمة لحرمته ليس على قوله، إنما هو من باب العقوبة بالأموال، وإذا عوقب القاتل بغرم ما لا يجب عليه غرمه فالسيد أحق أن لا يعطى القيمة [لجرمه[1583]] بالأمر بقتل عبده، ولو قال أصبغ إنما أغرمه القيمة لإسقاط سيد العبد إياها عنه قبل وجوبها له عليه؛ إذ لا تجب عليه إلا بعد قتل العبد لكان له وجه؛ لأن لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه أصل مختلف فيه. انتهى.

ص: وقتل الأدنى بالأعلى كحر كتابي بعبد مسلم ش: لما تقرر أن الإسلام [أعلى[1584]] حرمة وأعظم من الحرية كان من انفرد به من القاتل والمقتول هو [الأعلى،[1585]] ولما قدم المؤلف رحمه الله أن كون القاتل زائدا على المقتول بالحرية أو الإسلام [مانع[1586]] نبه على أن كون القاتل أدنى من المقتول لا يمنع القصاص، والمعنى أن الأدنى إذا قتل [الأعلى[1587]] فإنه يقتل به، ثم مثل ذلك بفرع يتردد فيه النظر، وهو إذا قتل الحر الكتابي عبدا مسلما فاختلف هل يقتل الحر الكتابي بالعبد المسلم، وهو قول ابن القاسم، أو لا يقتل به وعليه قيمته لأنه كسلعة، وهو قول سحنون؟ قال ابن رشد في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات في شرح قوله في نصراني حر قتل عبدا مسلما عمدا قال: أرى أن يقتل به.

وقال سحنون عليه قيمته وهو كسلعة من السلع. ابن رشد: قوله: "وأرى أن يقتل به" معناه إن أراد سيد العبد أن يستقيد من الكتابي، وأما إن أراد أن يضمنه قيمة عبده ولا يقتله به فلا اختلاف في أن له ذلك، وإنما الاختلاف إذا أراد أن يقتله به فقيل ليس له ذلك، وهو الأظهر من جهة اتباع ما في القرآن، وقيل إن ذلك له،وهو أظهر من جهة المعنى ثم استظهر القول الثاني، ونقله ابن عرفة وقبله،

الحديث ....

[1581] – ساقط من المطبوع ومايابى175 وم ص80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص236 ويحيى ص111.

[1582] – ساقطة من المطبوع ويحيى ص111 وما بين المعقوفين من ن ذي ص236 م ص80 ومايابى175.

[1583] – في المطبوع لحرمته وما بين المعقوفين من ن عدود ص236 ويحيى ص111 و م ص80 ومايابى176.

[1584] *– في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1585] *– في المطبوع الأعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1586] *– في المطبوع مانعا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1587] *– في المطبوع الأعلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل وَالْكُفَّارُ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ مِنْ كِتَابِي وَمَجُوسِي وَمُؤَمَّنٍ كَذَوِي الرِّقِّ وَذَكَرٍ وَصَحِيحٍ وَضِدِّهِمَا.

متن الحطاب وهو خلاف ما قاله في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ويقتل الحر الذمي بالعبد المسلم، والقيمة هنا كالدية، ونصه: أشار بقوله: والقيمة هنا كالدية، إلى أن سيد العبد لو أراد أن يلزم الذمي قيمة العبد لجرى على الخلاف بين ابن القاسم/ وأشهب في الدية، فعلى قول ابن القاسم ليس للسيد إلا قتل الذمي أو يعفو، وليس له أن يلزمه قيمة العبد، وعلى قول أشهب يكون للسيد هنا أن يلزم الحر القيمة. انتهى. وأصله لابن عبد السلام، والظاهر ما قاله ابن رشد؛ لأنه قد صرح في المدونة بأنه إذا جرح عبد عبدا أو قتله أن سيد المجروح أو المقتول مخير بين أن يستقيد أو يأخذ الأرش، كما سيأتي.والله أعلم. ولو قال المؤلف الذمي بدل الكتابي كما قال ابن الحاجب كان أحسن، وفهم من كلام المؤلف حيث جعل الحر الكتابي أدنى من العبد المسلم أن العبد المسلم لا يقتل إذا قتل الحر الكتابي وهو كذلك.

237

قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان الاتفاق على ذلك. انتهى. قال ابن الحاجب: وسيد العبد مخير في افتكاكه بالدية أو إسلامه، فيباع لأوليائه. قال في التوضيح: وحكى صاحب البيان أنه يباع بدية الحر الذمي، ويباع لأولياء الذمي لعدم جواز ملك الكافر للمسلم، وظاهر كلامه أنه إذا بيع يدفع جميع الثمن لأولياء الذمي، وإن كان أكثر من ديته، وهو قول ابن القاسم في المدونة، وقاله مالك، وقال مطرف وابن الماجشون إن فضل فضل فلسيده، أصبغ والأول أصوب. انتهى من التوضيح.

ص: **والكفار بعضهم ببعض** ش: ابن عرفة: روى علي قتل اليهودي بالمجوسي، ونقص الدية لغو كالرجل بالمرأة. انتهى.

ص: **كذوي الرق** ش: قال في كتاب جنايات العبيد والقصاص في [المماليك[1588]] بينهم[1589] كهيئته في الأحرار، نفس الأمة بنفس العبد، وجرحها [بجرحه[1590]]، يخير السيد المجروح إن شاء استقاد وإن شاء أخذ العقل، إلا أن يسلم إليه الجاني سيده، وإن جرح عبد عبدا عمدا فقال سيد المجروح لا أقتص ولكن آخذ العبد الجارح إلا أن يفديه سيده بالأرش، وقال سيد الجارح إما أن تقتص أو تدع، فالقول قول سيد المجروح، وكذلك في القتل. أبو الحسن عن ابن يونس: لأن نفس القاتل قد وجبت لسيد المقتول، فإن شاء قتله أو أحياه، فإن أحياه صار عمده كالخطإ، فيرجع الخيار إلى سيده بين أن يسلمه أو يفديه، والفرق بين العبد وبين الحر يقتل حرا فيعفى عنه على الدية فيأبى، أن ذلك لا يلزمه على قول ابن القاسم أن العبد سلعة تملك، فلما جاز قتله وإتلافه على سيده جاز استرقاقه وخروجه عن ملكه والحر لا يملك فلا يجوز أخذ ماله إلا بطوعه، وأيضا فإنه يقول أؤدي قصاصي وأبقي مالي لورثتي، والعبد لا حكم له في نفسه ولا حجة لسيده؛ لأن قتله عليه وأخذه سواء، إلا أن يدفع الأرش

الحديث ....

[1588] – في المطبوع الملاك وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 ويحيى ص111 ويم ص97 و م ص80 ومايابى177.

[1589] *– في التهذيب ج4 ص529 والقصاص في المماليك بينهم ص237.

[1590] – في المطبوع كجرحه وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 ويحيى ص111 ويم ص97 و م ص80 ومايابى177.

نص خليل وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عَمْدًا بِبَيِّنَةٍ أَوْ قَسَامَةٍ.

متن الحطاب فلا حجة [لأرباب[1591]] المقتول لأنهم رفعوا عنه القود، فصار فعله كالخطإ، ولا يستقيم ذلك في الحر؛ لأنه تكون الدية على عاقلته وهي لا تحمل شيئا من [عمده[1592]] فأمرهما مفترق. انتهى.

فرع: إذا كان السيد عبدا وقتل عبده ففي القصاص قولان نقلهما ابن سلمون، ثم قال: وفي الزاهي لابن شعبان: ومن قتل عبده لم يقتل به وإن كان عبدا.انتهى.

ص: وإنْ قتل عبد [حرا[1593]] عمدا ببينة أو قسامة ش: احترز بقوله ببينة أو قسامة من إقرار العبد بذلك، فإن الحكم حينئذ مخالف لما ذكر، نص عليه في المدونة، ونصه: وإن أقر العبد أنه قتل حرا عمدا فلوليه القصاص، فإن عفا على أن يستحييه لم يكن له ذلك، وله معاودة القتل إن كان ممن يظن أن ذلك له. انتهى. أبو الحسن: قال أبو عمران: وأما إن كان عالما [أنه إن[1594] عفا قتل] العبد يبطل فلا قتل له. انتهى. وقبله بيسير في المدونة. قال ابن القاسم: وما أقر العبد به مما يلزمه في جسده من قتل أو قطع أو غيره فإنه يقبل إقراره.

قال ابن زياد: إذا أقر طائعا غير مسترهب وما آل إلى غرم على سيده فلا يقبل إقراره إلا ببينة على فعله مثل إقراره بغصب أمة أو حرة نفسها ولم تكن متعلقة به، [أو[1595]] بجرح أو بقتل أو خطإ أو باختلاس مال أو استهلاكه أو سرقة لاقطع فيها، ولا يعلم ذلك إلا بقوله، فلا يصدق ولا يتبع بشيء من ذلك إذا عتق. انتهى. ونبه على ذلك ابن عبد السلام والمصنف في التوضيح في قول ابن الحاجب في كتاب الأقضية:/ في جواب دعوى القصاص على العبد ودعوى الأرش على السيد، ونقله ابن عرفة في أول كتاب الإقرار من مختصره، وحاصله كما قال في الرسالة: وإقرار العبد فيما يلزمه في بدنه من حد أو قطع يلزمه، وما كان في رقبته فلا إقرار له. يريد إلا المأذون، فإن إقراره في ماله جائز. انظر ابن عرفة أول الإقرار، والشيخ أبا الحسن الصغير هنا. والله أعلم. 238

فرع: قال في المدونة: قال ابن القاسم: وإذا جنى العبد على سيده فلا شيء عليه. أبو الحسن: لأنه مملوك لسيده بالأصالة، فلا يقال يكون له رهنا بالجناية لأنه تحصيل حاصل، وهذا يقتضي أنه إن جنى على سيده وعلى أجنبي فيخير سيده في أن يفتكه كله بدية جناية الأجنبي وبين إسلامه كله في جناية الأجنبي، ولا يقاصه بجنايته. قاله ابن القاسم في سماع أصبغ من كتاب الديات وقاس عليه أشهب عبد المرأة ذات الزوج يضرب بطنها وهي حامل فألقت جنينا ميتا أن المرأة مخيرة بين أن تدفع إلى زوجها ما يصيبه من دية الجنين وتحبس العبد، وبين أن تدفع جميع العبد. قال: ولا شيء لها من العبد لأن جنايته على سيدته كجنايته على سيده وعلى أجنبي معه. انتهى.

الحديث ....

[1591] - في المطبوع ومايابى177 ويحيى ص112 و يم ص97 وم ص80 لورثة وما بين المعقوفين من ن عدود ص237.

[1592] - في المطبوع عنده وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص80 ومايابى177.

[1593] - ساقط من المطبوع ومايابى177 ويحيى ص112 ويم ص118 و م ص80 وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 .

[1594] - ساقط من المطبوع ويحيى ص112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 ويم ص97 (وعند الزايد أنه إن عفا أن قول العبد) ومايابى177 ان عفا ان قتل.

[1595] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص237 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 ومايابى177.

نص خليل

خُيِّرَ الْوَلِيُّ فَإِنْ اسْتَحْيَاهُ فَلِسَيِّدِهِ إسْلَامُهُ أَوْ فِدَاؤُهُ إنْ قَصَدَ ضَرْبًا وَإِنْ بِقَضِيبٍ كَخَنْقٍ وَمَنْعِ طَعَامٍ وَمُثَقَّلٍ وَلَا قَسَامَةَ إنْ أَنْفَذَ مَقْتَلَهُ بِشَيْءٍ أَوْ مَاتَ مَغْمُورًا وَكَطَرْحِ غَيْرِ مُحْسِنٍ لِلْعَوْمِ عَدَاوَةً وَإِلَّا فَدِيَةٌ وَكَحَفْرِ بِئْرٍ وَإِنْ بِبَيْتِهِ أَوْ وَضْعِ مُزْلِقٍ أَوْ رَبْطِ دَابَّةٍ بِطَرِيقٍ أَوِ اتِّخَاذِ كَلْبٍ عَقُورٍ تَقَدَّمَ لِصَاحِبِهِ.

متن الحطاب

ص: خير الولي ش: يعني يخير الولي بين أن يقتل العبد أو يستحييه، فإن [اختار القتل[1596]] فله ذلك وإن استحياه خير سيده في إسلامه أو فدائه، فإن اختار سيده فداءه فإنه يفديه بدية الحر. قاله في المدونة في كتاب جنايات العبيد منها، وفي موضع آخر قال ابن عبد السلام بعد أن قرر المسألة: وهذا الكلام لا إشكال فيه على أصل أشهب في الحر يقتل الحر أن لولاة الدم أن يقتلوه أو يلزموه الدية، وأما ابن القاسم الذي يقول ليس لهم على القاتل إلا القتل، وليس لهم أن يلزموه الدية فقد يفرق له بأن المطلوب في مسألة الحر هو القاتل [نفسه،[1597]] وله في التمسك بماله غرض إرادة غنى ورثته بعده، والمطلوب هنا غير القاتل وهو السيد، ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين اللذين يختارهما ولي الدم؛ بل له إن اختار الولي الاستحياء بما ذكرناه مما هو أخف إن شاء سلم العبد وإن شاء دفع ديته. انتهى. وذكره في التوضيح.

وقال ابن عرفة: وجعل ابن عبد السلام تخيير ولي قتيل العبد في قتله واستحيائه جاريا على أصل أشهب في جبر الحر على الدية غير جار على أصل ابن القاسم فيه، وأجاب بأن جبر الحر على الدية يضر به لأن له وارثا قد يرجح مصلحته على نفسه، والمطلوب في مسألة العبد غير القاتل وهو السيد ولا ضرر عليه في واحد من الأمرين الذين يختارهما الولي.انتهى.

قلت: قوله المطلوب في مسألة العبد [السيد[1598]] غير صحيح ضرورة؛ إذ لا طلب عليه بحال، [وقد[1599]] يفرق بأن الحر يجبر على أمر يتكلفه وهو الدية، والعبد لا يكلف بشيء، وبأن للولي حجة في العبد وهو أنفته أن يأخذ في دم وليه دم عبد وهو لا يكافئه. انتهى. أما تفرقة ابن عرفة الأولى [فهي[1600]] معنى كلام ابن عبد السلام بعد حذفه منه أن المطلوب في المسألة الأولى القاتل وفي الثانية غير القاتل وهو السيد [ورده[1601]] على ابن عبد السلام في كلامه هذا إنما يصح إذا فهم أن المراد بقوله المطلوب المطلوب بالدم، والظاهر أن ابن عبد السلام لم يرد هذا لوضوحه؛ إذ من المعلوم أنه لو [مات[1602]] العبد سقط القود، وإنما عنى بالمطلوب المأخوذ منه المال فهو في مسألة الحر القاتل، وفي مسألة العبد السيد؛ لأنه مطلوب بإسلام العبد أو فدائه، وهو لا ضرر عليه في واحد من الأمرين لأن إسلامه لولي الدم ملكا مساو لقتله، وهو معنى ما تقدم. نقله عن ابن يونس عند قوله: "كذي الرق"

الحديث

....

1596 - في المطبوع فإن اختار العبد القتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 ومايابى177.

1597 - في المطبوع لنفسه وما بين المعقوفين من ن ذي وم81 ويم118 ويحيى456.

1598 - ساقط من المطبوع ويم ص97 وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 و م ص81 ومايابى178.

1599 - في المطبوع ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 فقد وما بين المعقوفين من ن ز ص238 ومايابى178.

1600 - في المطبوع ويحيى ص112 فهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويم ص97 و م ص81 ومايابى178.

1601 - في المطبوع ورد وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 ومايابى178.

1602 - في المطبوع فات وما بين المعقوفين من ن عدود ص238 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 ومايابى178.

نص خليل ....

متن الحطاب فراجعه. وتفرقة ابن عرفة الثانية غير ظاهرة؛ لأنها إنما تصح لو كان هذا الحكم أي تخيير الولي خاصا بما إذا كان المقتول حرا، وقد علمت أن الحكم عام، سواء كان المقتول حرا أو عبدا، كما تقدم عن المدونة فتأمله. والله أعلم.

فرع: قال ابن عبد السلام هنا في قتل العبد عمدا: واختلف هل تكون الدية حالة أو مؤجلة، وقد تقدم أن مسألة اصطدام العبد مع الحر تدل على/ الحلول. انتهى. قال ابن الحاجب: ولو اصطدم حر وعبد فثمن العبد في مال الحر، ودية الحر في رقبة العبد. قال في التوضيح: المراد بالثمن القيمة، لكن تبع المؤلف لفظ المدونة؛ يعني إن ماتا، فإن كانت القيمة أكثر من دية الحر كان الزائد لسيد العبد في مال الحر، وإن كانت دية الحر أكثر لم يكن على السيد من ذلك شيء. محمد: إلا أن يكون للعبد مال فيكون بقية العقل في ماله، وأخذ ابن رشد من هنا أن مذهب المدونة في جناية العبد أنها على الحلول؛ لأن قيمة العبد في مال الحر حالة، فلما قال يتقاصان ولم يقل يأخذها ويؤدي السيد الدية التي جناها عبده منجمة دل على أنها حالة، وقال أصبغ بخلاف هذا؛ وهو أن سيد العبد يخير في جنايته على الحر خطأ بين أن يسلمه أو يفديه بها منجمة. انتهى. ونقله ابن عرفة والرجراجي. والله أعلم.

239

مسألة: قال في رسم إن خرجت من سماع عيسى من كتاب الجنايات: وسئل ابن القاسم عن عبد جرح رجلا ثم أبق، فقال المجروح لسيد العبد إما أن تدفع إلي قيمة جرحي، وإما أن تخلي بيني وبين العبد أطلبه، فإن وجدته فهو لي. قال: لا خير فيه، هذه مخاطرة إن وجده غير صاحبه، وإن دفع إليه قيمة الجرح لم يدر لعل العبد قد مات فلا خير فيه، وقد بلغني أن مالكا قاله. ابن رشد: هذا بين على ما قال؛ لأن العذر فيه بين، والواجب في ذلك على قوله أن يرجأ الأمر إلى أن يوجد العبد فيخير سيده، واتفاقهم على هذه المسألة يقتضي صحة قول أصبغ في مسألة التفليس. اهـ. ومسألة التفليس تقدمت. والله أعلم.

مسألة: قال في رسم العشور من سماع عيسى من الجنايات: وسئل [عن[1603]] العبد يقتل الحر عمدا فيسلم إلى وليه فيستحييه أيباع عليه؟ قال: لا، إلا أن يخاف أن يمثل به إن عفا عنه. ابن رشد: هذا بين لا إشكال فيه.

مسألة: فإن قتل ولي الدم العبد فلا إشكال أن ماله لسيده، [و[1604]] إن استحياه فإن فداه سيده فماله لسيده، وإن أسلمه فهل يتبعه ماله؟ قال الرجراجي: فيه قولان في العتبية. والله أعلم. وأما إن جنى على العبد بعد أن جنى فأرش جنايته للمجني عليه إن أسلمه السيد. انظر ما في كتاب الجنايات من البيان، وأظنها في سماع يحيى وأصبغ. والله أعلم.

الحديث ....

[1603] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص239 ويحيى ص112 ويم ص97 و م ص81 ومايابى179.

[1604] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص239 ويحيى ص113 ويم ص98 و م ص81 ومايابى179.

نص خليل ....

متن الحطاب **مسألة:** وإذا جنى العبد على شيء من الأموال ولزم رقبته فالمخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلك أو يفتكه. قال في المقدمات في كتاب الجنايات: فصل في جناية العبيد على الأموال لا يخلو إما أن يؤتمنوا عليها أم لا، فإن ائتمنوا عليها بعارية أو كراء أو وديعة أو استعمال أو ما أشبه ذلك فإن ذلك على وجهين: أحدهما أن يستهلكه بالفساد والهلاك، والثاني أن يستهلكه بالانتفاع به، فإن استهلكه بالفساد والهلاك ففيه قولان؛ أحدهما أن ذلك في رقبته، وهو قول ابن الماجشون، والثاني أن ذلك في ذمته وهو قول ابن القاسم، وأما إن استهلكه بالانتفاع مثل أن يكون ثوبا فيتعدى عليه فيبيعه ويأكل ثمنه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك، فهذا لا خلاف أنه في ذمته، لا في رقبته، وأما جنايتهم على ما لم يؤتمنوا عليه فذلك في رقابهم كانت لحر أو لعبد يخير سيد العبد الجاني بين أن يسلمه بما استهلكه من الأموال أو يفتكه بذلك، كان ما استهلكه من الأموال أقل من قيمته أو أكثر إلا أن يرضى المجني عليه بأقل من ذلك إن كان حرا مالكا لنفسه أو مأذونا له في التجارة، وأما إن كان [عبدا[1605]] محجورا عليه أو صبيا مولى عليه فلا يجوز إلا بإذن سيد العبد أو ولي اليتيم. انتهى. وقاله الرجراجي وغيره، وزاد: قال ابن حارث في باب أحكام العبد من كتاب أصول الفتيا له: ومن حكم العبد في جنايته كانت جنايته على نفسه أو على مال عمدا أو خطأ أن يخير السيد بين أن يفتكه من الجناية ويبقى كما كان قبل الجناية [أو يسلمه في جنايته،[1606]] وقال في المنتقى في كتاب الأقضية في قضية المزني[1] لما سرق عبيد حاطب ناقته ونحروها، وأغرم عمر رضي الله عنه حاطبا قيمتها وأضعفها ما نصه: مسألة ولو كان للعبيد أموال فقد قال أصبغ إنما يكون غرمها في أموال العبيد لو كانت لهم أموال وإلا فلا شيء،

240 وإنما/ يكون في رقابهم ما كان من سرقة لا قطع فيها، فيخير السيد بين إسلامهم أو افتكاكهم بقيمتها، وقال ابن المواز: لا يتبع في السرقة التي يقطع فيها في رقه ولا عتقه ولا فيما بيده من ماله، ولو ثبت ذلك بالبينة إذا لم توجد بعينها؛ لأن ماله إنما صار له بعد العتق. انتهى.

ص: **إن قصد ضربا** ش: يعني قصد ضرب من لا يجوز له ضربه، وسواء قصد الشخص المضروب نفسه أو قصد أن يضرب شخصا عدوانا فأصاب غيره، أما لو قصد ضرب من يحل له ضربه فأصاب غيره [فهو[1607]] خطأ قال في النوادر في ترجمة صفة العمد والخطإ: قال ابن المواز: ومن قتل رجلا عمدا يظنه غيره ممن لو قتله لم يكن فيه قصاص فهو من الخطإ لا قصاص فيه، وقد مضى مثل ذلك في مسلم قتله مسلمون بعهد النبي صلى الله عليه وسلم يظنونه من المشركين، فوداه عليه السلام ولم يهدره[2]. انتهى. ونقله الرجراجي في شرح المدونة. قال في المقدمات: القتل على ثلاثة أوجه الأول إذا لم [يعمد[1608]] للقتل ولا للضرب مثل أن يرمي الشيء فيصيب به إنسانا فيقتله، أو يقتل المسلم في حرب

الحديث 1- عن يحي بن عبد الرحمن بن حاطب أن رفيقا لحاطب سرقوا ناقة لرجل من مزينة فانتحروها فرفع ذلك إلى عمر بن الخطاب فأمر عمر كثير بن الصلت أن يقطع ايديهم ثم قال عمر أراك تجيعهم ثم قال عمر والله لأغرمنك غرما يشق عليك ثم قال للمزنى كم ثمن ناقتك فقال المزنى قد كنت والله أمنعها من اربع مائة درهم فقال عمر اعطه ثمان مائة درهم، الموطأ، كتاب الأقضية، رقم الحديث 1418، ط. دار الكتب العلمية.

2- في النوادر، ج14، ص26، ولم يقده.

[1605] *-في المطبوع عبد وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1606] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص239 وفي مايابى179 ويـم119 ويحيـى457 وم82 (أو يسلمه في الجناية).

[1607] – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 ويحيى ص113 ويم ص98 ومايابى180.

[1608] – في المطبوع ويحيى ص113 يعهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص240 ويم س98 ومايابى180.

نص خليل

قَصْدَ الضَّرَرِ وَهَلَكَ الْمَقْصُودُ وَإِلاَّ فَالدِّيَةُ وَكَالإِكْرَاهِ وَتَقْدِيمِ مَسْمُومٍ وَرَمْيِهِ عَلَيْهِ حَيَّةً وَكَإِشَارَتِهِ بِسَيْفٍ فَهَرَبَ وَطَلَبَه وَبَيْنَهُمَا عَدَاوَةٌ وَإِنْ سَقَطَ فَبِقَسَامَةٍ وَإِشَارَتِهِ فَقَطْ خَطَأً وَكَالإِمْسَاكِ لِلْقَتْلِ.

متن الحطاب

العدو وهو يرى أنه كافر، وما أشبه ذلك، فهذا هو قتل الخطإ بإجماع، لا يجب فيه القصاص وإنما فيه الدية على العاقلة والكفارة في ماله. انتهى.

تنبيه: قوله: "إن قصد ضربا" يريد على وجه الغضب لا على وجه اللعب والأدب. قال في المقدمات: فإن قصد الضرب ولم يقصد القتل وكان الضرب على وجه الغضب فالمشهور عن مالك المعروف من قوله أن ذلك عمد وفيه القصاص، وقال في التوضيح: وأما اللعب ففي المقدمات فيه ثلاثة أقوال: أولها أنه خطأ قال: وهو مذهب ابن القاسم، [وروايته[1609]] عن مالك في المدونة.انتهى. وقال في الشامل: فإن كان في لعب فخطأ على الأصح، وثالثها إن تلاعبا معا فكذلك، وإن ضربه ولم يلاعبه الآخر فالقود. انتهى.

ص: قصد الضرر وهلك المقصود وإلا فالدية ش: يعني أن من فعل شيئا [مما[1610]] تقدم لقصد

241

الضرر لمعين أو لغير معين أو لإهلاك/ سارق أو الدواب التي تأكل زرعه فإنه ينظر إن فعله لمعين وهلك المقصود ففيه القصاص، وقوله: "وإلا فالدية" شامل للصورتين: الأولى أن يقصد ضرر شخص معين فيهلك غيره. الثانية [أن[1611]] لا يقصد شخصا معينا، والحكم في الصورتين سواء كما صرح به في المدونة وغيرها وفي التوضيح، ومفهوم قوله: "قصد الضرر" أنه لو لم يقصد [ضررا[1612]] فلا شي عليه وهو كذلك.

قال في أول سماع أصبغ من كتاب الأقضية: قال أصبغ بن الفرج: سألت ابن القاسم عن الرجل يكون له الزرع فتغير فيه دواب الناس فتفسده، فيريد صاحب الزرع أن يحفر حول زرعه حفيرا لمكان الدواب وقد تقدم إلى أصحابها وأنذرهم، فيحفر فيقع بعض تلك الدواب في ذلك الحفير فتموت أترى عليه ضمانا؟ قال: ليس عليه شيء، ولو لم ينذرهم ولم يتقدم إليهم، وقاله أصبغ وهو قول مالك إن شاء الله. قال محمد بن رشد: هذا كما قال؛ لأنه إنما فعل ما يجوز له أن يفعله من الحفير في أرضه [وحقه[1613]] تحصينا على زرعه لا لإتلاف دواب الناس، ولو فعل ذلك لإتلاف دواب الناس لزمه الضمان على ما قاله في المدونة في الذي يصنع في داره شيئا ليتلف فيه السارق فتلف فيه السارق أو غير السارق أنه ضامن. انتهى.

وقال ابن يونس في آخر كتاب الديات: قال مالك: وإن جعل في حائطه [حفيرا للسباع[1614]] أو حبالة لم يضمن ما عطب بذلك من سارق أو غيره، فإن جعل في باب جنانه قصبا يدخل في رجل من يدخله أو اتخذ تحت عتبته مسامير لمن يدخل،أو رش فناءه يريد زلق من يدخله من دابة أو إنسان أو

الحديث

....

1609 *– في المطبوع ورواية وما بين المعقوفين من م82 ويحيى457 ويم119.

1610 *– في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من يحيى457 وم82 وميابى180 ويم119.

1611 – ساقط من المطبوع (ويحيى ص113 ألا يقصد) وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص241 ويم ص98 ومايابى180.

1612 *– في المطبوع ضرارا وما بين المعقوفين من م82 ويحيى457 ومايابى180.

1613 – في المطبوع وضعه وما بين المعقوفين من سيد34 وم82.

1614 *– في المطبوع حفير السباع وما بين المعقوفين من م82 ويحيى457 وسيد34 ومايابى180 ويم119.

نص خليل

وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ وَالْمُتَمَالِئُونَ وَإِنْ بِسَوْطٍ سَوْطٍ وَالْمُتَسَبِّبُ مَعَ الْمُبَاشِرِ كَمُكْرِهٍ وَمُكْرَهٍ وَكَأَبٍ أَوْ مُعَلِّمٍ أَمَرَ وَلَدًا صَغِيرًا وَسَيِّدٍ أَمَرَ عَبْدًا مُطْلَقًا فَإِنْ لَمْ يَخَفِ الْمَأْمُورُ اقْتُصَّ مِنْهُ فَقَطْ وَعَلَى شَرِيكِ الصَّبِيِّ الْقِصَاصُ إِنْ تَمَالَئَا عَلَى قَتْلِهِ لاَ شَرِيكٍ مُخْطِئٍ وَمَجْنُونٍ وَهَلْ يُقْتَصُّ مِنْ شَرِيكِ سَبُعٍ وَجَارِحِ نَفْسِهِ وَحَرْبِيٍّ وَمَرَضٍ بَعْدَ الْجُرْحِ أَوْ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ قَوْلاَنِ وَإِنْ تَصَادَمَا أَوْ تَجَاذَبَا مُطْلَقًا قَصْدًا فَمَاتَا أَوْ أَحَدُهُمَا فَالْقَوَدُ وَحُمِلاَ عَلَيْهِ عَكْسُ السَّفِينَتَيْنِ إِلاَّ لِعَجْزٍ حَقِيقِيٍّ لاَ لِكَخَوْفِ غَرَقٍ أَوْ ظُلْمَةٍ وَإِلاَّ فَدِيَةُ كُلٍّ عَلَى عَاقِلَةِ الآخَرِ وَفَرَسُهُ فِي مَالِ الآخَرِ كَثَمَنِ الْعَبْدِ وَإِنْ تَعَدَّدَ الْمُبَاشِرُ فَفِي الْمُمَالأَةِ يُقْتَلُ الْجَمِيعُ وَإِلاَّ قُدِّمَ الأَقْوَى وَلاَ يَسْقُطُ الْقَتْلُ عِنْدَ الْمُسَاوَاةِ بِزَوَالِهَا بِعِتْقٍ أَوْ إِسْلاَمٍ.

متن الحطاب

اتخذ فيه كلبا عقورا فهو ضامن لما أصيب من ذلك، ولو رش لغير ذلك لم يضمن من عطب فيه كحافر البئر في داره لحاجة أو لإرصاد سارق فهو مفترق. [انتهى. قوله: فهو مفترق[1615]] يعني - والله أعلم- أنه يفرق بين أن يحفرها لحاجته فلا يضمن، أو يرصد بها السارق فيضمن فتأمله. والله أعلم./ 242

ص: **ويقتل الجميع بواحد** ش: ولو كان المباشر للقتل واحدا منهم أو كان عينا لهم، وهذا مذهب ابن القاسم خلافا لأشهب. هكذا نقل اللخمي عنه في التبصرة. وانظر كتاب المحاربين من المدونة وشرحها لأبي الحسن. وانظر كلام الباجي.

ص: **كمكره ومكره** ش: يريد إلا الأب فإنه لو أكرهه شخص على قتل ابنه فقتله، فلا قصاص على الأب/ 243 للشبهة، والقصاص على المكره بكسر الراء كما نص عليه ابن الحاجب وغيره وقبله في التوضيح، وعلم منه أن عكس المسألة أولى بعدم القصاص. والله أعلم.

ص: **عكس السفينتين** ش: أي فإنهما يحملان على عدم القصد إذا جهل أمرهم، فإذا تحقق أنهم متعمدون لإتلافهم فهم ضامنون. قال في المدونة: ولو أن سفينة صدمت أخرى فكسرتها فغرق أهلها فإن كان ذلك من ريح غلبتهم أو من شيء لا يستطيعون حبسها فلا شيء عليهم، وإن كانوا قادرين على أن يصرفوها ولم يفعلوا ضمنوا. ابن يونس: يريد في أموالهم، وقيل الدية على عواقلهم. نقله عنه ابن عرفة. وقال اللخمي: الدية في ذلك على العواقل إلا أن يتعمد ذلك، ويعلم أن ذلك مهلك فتكون الدية في أموالهما. انتهى. ونقله أبو الحسن عنه وهو مشكل فإنه يقتضي إذا تعمد أهل السفينة إغراق الأخرى فليس عليهم إلا الدية، والظاهر أنه يجب في ذلك القصاص؛ لأن ذلك بمنزلة من طرح من لا يحسن العوم، وبمنزلة المثقل فتأمله.

وقال أبو الحسن: مسألة السفينة والفرس على ثلاثة أوجه؛ إن علم أن ذلك من الريح في السفينة وفي الفرس من غير راكبه فهذا لا ضمان عليهم، أو يعلم أن ذلك من سبب النواتية في السفينة ومن سبب الراكب في الفرس فلا إشكال أنهم ضامنون، وإن أشكل الأمر حمل في السفينة على أن ذلك من الريح وفي الفرس أنه من سبب راكبه.انتهى./ 244

ص: [لا[1616]] **لعجز حقيقي** ش: قال ابن عرفة: قول ابن عبد السلام: إذا جمح [فرساهما[1617]] بهما ولم يقدرا على صرفهما لم يضمنا [يرد بقولها[1618]] في الديات: إن جمحت دابة براكبها

الحديث

....

[1615] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص241 ويحيى ص114 ويم ص98 ومايابى180.

[1616] - هكذا في ن عدود ص244 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع إلا لعجز وهو الذي في م119 يحيى458.

[1617] - في المطبوع فرسهما وما بين المعقوفين من ن ذي ص244 ويحيى114 و م82 ومايابى181.

[1618] - في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص244 (ويحيى ص114 ترد بقوله) وم ص82 ومايابى181.

نص خليل وَضَمِنَ وَقْتَ الإِصَابَةِ وَالْمَوْتِ وَالْجُرْحُ كَالنَّفْسِ فِي الْفِعْلِ وَالْفَاعِلِ وَالْمَفْعُولِ إِلاَّ نَاقِصًا جَرَحَ كَامِلاً وَإِنْ تَمَيَّزَتْ جِنَايَاتٌ بِلاَ تَمَالُؤٍ فَمِنْ كُلٍّ كَفِعْلِهِ وَاقْتُصَّ مِنْ مُوضِحَةٍ.

متن الحطاب فوطئت إنسانا [فعطب[1619]] فإنه [ضامن،[1620]] وبقولها في الرواحل: إن كان في رأس الفرس اعتزام فحمل بصاحبه فصدم فراكبه ضامن؛ لأن [سبب جمحه[1621]] من راكبه وفعله به إلا أن يكون إنما نفر من شيء مربه في الطريق من غير سبب راكبه فلا ضمان عليه، وإن فعل به غيره ما جمح به فذلك على الفاعل والسفينة في الريح هي الغالبة، فهذا هو الفرق بينهما.

قلت: فهذا كالنص على أن ما تلف بسبب الجموح فهو من راكبه مطلقا إلا أن يعلم أنه من [غيره[1622]] خلاف قول ابن عبد السلام: ما تلف بالجموح ولم يقدر على صرفه لا ضمان فيه فتأمله. انتهى. وهو ظاهر.

ص: **وضمن وقت الإصابة والموت** ش: يعني أنه إذا زال التكافؤ بين حصول الموجب الذي هو السبب ووصول/ الأثر أي [المسبب[1623]] فقال ابن القاسم: المعتبر في الضمان؛ أي ضمان دية الحر وقيمة العبد حال الإصابة وحال الموت أي حصول السبب. هذا لفظ التوضيح، ويشير بقوله: "**حال** الإصابة والموت" إلى قول ابن الحاجب: فلو زال بين حصول الموجب ووصول الأثر كعتق أحدهما أو إسلامه بعد الرمي وقبل الإصابة وبعد الجرح وقبل الموت فقال ابن القاسم: المعتبر حال الإصابة وحال الموت كمن رمى صيدا ثم أحرم ثم أصابه فعليه الجزاء، وقال أشهب وسحنون حال الرمي، ثم رجع سحنون. انتهى. ففي الكلام لف ونشر لشيء مقدر فقوله: "حال الإصابة"؛ أي في مسألة ما إذا زال التكافؤ بين الرمي والإصابة، وقوله: "والموت" أي في مسألة ما إذا زال بين الجرح والموت. 245

تنبيه: وهذا بالنسبة إلى ضمان الدية والقيمة، أما بالنسبة إلى القصاص فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقا. قال ابن الحاجب إثر كلامه المتقدم: فأما القصاص فبالحالين معا قال المصنف في التوضيح: أي فيشترط دوام التكافؤ من حصول السبب إلى حصول المسبب اتفاقا. انتهى.

قلت: ويفهم من كلام ابن الحاجب مسألة أخرى؛ وهي أن القصاص يشترط فيه حصول التكافؤ في حال السبب والمسبب فيشترط في القصاص في الرمي أن يكون حرا من حين الرمي إلى حين الإصابة، فلو كان عبدا حين الرمي أو كان كافرا ثم عتق أو أسلم قبل الإصابة فلا قصاص عليه، وبذلك صرح ابن الحاجب وهو في سماع عيسى من كتاب الديات وليس في كلام المصنف ما يشير إلى هذا فتأمله.

ص: إلا [ناقصا[1624]] **جرح كاملا** ش: يعني أن الناقص إذا جرح الكامل فإنه لا يقتص من الناقص

الحديث ....

1619 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص244 ويحيى ص114 وم ص82 ومايابى181.

1620 – في المطبوع يضمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص244 ويحيى ص114 ويم ص82 ومايابى181.

1621 – في المطبوع فعله ومايابى181 وم ص82 (ويحيى ص114 بسبب فعله جمحت) وما بين المعقوفين من تصحيحات دار الرضوان.

1622 – في المطبوع غير وما بين المعقوفين من ن عدود ص244 ويحيى ص114 وم ص82 ومايابى181.

1623 – في المطبوع السبب وما بين المعقوفين من ن عدود ص245 وم ص82 ومايابى181.

1624 – في المطبوع ناقص وما بين المعقوفين من ن م ويحيى458 وم83.

نص خليل

أَوْضَحَتْ عَظْمَ الرَّأْسِ وَالْجَبْهَةِ وَالْخَدَّيْنِ وَإِنْ كَإِبْرَةٍ وَسَابِقِهَا مِنْ دَامِيَةٍ وَحَارِصَةٍ شَقَّتِ الْجِلْدَ وَسِمْحَاقٍ كَشَطَتْهُ وَبَاضِعَةٍ شَقَّتِ اللَّحْمَ وَمُتَلاحِمَةٍ غَاصَتْ فِيهِ بِتَعَدُّدٍ وَمِلْطَأَةٍ قَرُبَتْ لِلْعَظْمِ كَضَرْبَةِ السَّوْطِ وَجِرَاحِ الْجَسَدِ وَإِنْ مُنَقِّلَةً بِالْمِسَاحَةِ إِنِ اتَّحَدَ الْمَحَلُّ كَطَبِيبٍ زَادَ عَمْدًا وَإِلاَّ فَالْعَقْلُ كَيَدٍ شَلاَّءَ عَدِمَتِ النَّفْعَ بِصَحِيحَةٍ وَبِالْعَكْسِ وَعَيْنِ أَعْمَى وَلِسَانِ أَبْكَمٍ وَمَا بَعْدَ الْمُوضِحَةِ مِنْ مُنَقِّلَةٍ طَارَ فِرَاشُ الْعَظْمِ مِنَ الدَّوَاءِ وَآمَّةٍ أَفْضَتْ لِلدِّمَاغِ وَدَامِغَةٍ خَرَقَتْ خَرِيطَتَهُ كَلَطْمَةٍ.

متن الحطاب

للكامل كما إذا جرح العبد الحر والكافر المسلم، هذا هو المشهور في المذهب الذي اقتصر عليه صاحب الرسالة، وروى ابن القصار عن مالك وجوب القصاص. قال ابن الحاجب: وقيل إنه الصحيح، وروي أنه يجتهد السلطان، وروي أنه يوقف، وروي أن المسلم مخير في القصاص والدية وخرجوها في العبد، وعلى المشهور فإن برىء المجروح على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب إلا الجراح المقدرة، وإن برىء على شين فهو في رقبة العبد وذمة النصراني. قال في النوادر في ترجمة القود بين الرجال والنساء والعبيد والإماء: ومن كتاب ابن المواز: قال مالك ليس له أي للمسلم إلا الدية في الجراح بينه وبين الكافر والعبد.

قال مالك وإذا جرح الذمي أو العبد مسلما عمدا فبرىء بغير شين فليس عليه غير الأدب، وإن برىء على شين من جرح العبد فهو في رقبته.انتهى. يريد في غير الجراح المقدرة فإن ديتها المقدرة تكون في رقبته، وقال في أول كتاب جنايات العبيد من النوادر عن كتاب ابن المواز: قال مالك: وإن جنى حر على عبد فينظر إلى ما نقص يوم البرء أن لو كان هذا يوم الجناية لا يوم البرء مع الأدب يريد في العمد ولو برىء على غير شين فلا شيء فيه غير الأدب في الحر والعبد؛ إذ لا قصاص بين حر وعبد، وإن جنى عبد على حر نظر إلى دية ذلك بعد البرء في العمد والخطأ فيكون في رقبة العبد إلا أن يفدي بذلك وفي العمد الأدب، وإن برىء الحر على غير شين فلا شيء فيه إلا الأدب، وإن برىء على شين فذلك في رقبة العبد. انتهى./ 246

ص: **أوضحت عظم الرأس والجبهة** ش: انظر أوائل كتاب الجراح من المدونة./ 247

ص: **بالمساحة** ش: بكسر الميم. قاله في القاموس.

ص: **كلطمة** ش: يعني أنه لا قصاص في اللطمة باليد وإنما فيها الأدب كما يفهم من قوله: "وعمده كالخطإ إلا في الأدب" فإنه يعود إلى جميع ما تقدم. قال في كتاب الديات من المدونة قبل ترجمة الغيلة: وإن قطع بضعة من لحمه ففيها القصاص. مالك: ولا قود في اللطمة. قال الشيخ أبو الحسن: لأنها عنده لا تنضبط وفيها عنده تفاوت كثير وفيها الأدب.انتهى. وكذلك الضربة بالعصا على المشهور، وهذا إذا لم يكن عن ذلك جرح وإلا فإنه يقتص منه كما صرح بذلك في النوادر في ترجمة ذكر ما لا قود فيه من اللطمة والضربة، وذكره أيضا في آخر الترجمة التي قبلها، وقال في المدونة: قال ابن القاسم: وفي ضربة السوط القود. قال سحنون: وروي عن مالك أنه لا قود فيه كاللطمة وفيه الأدب. انتهى. قال ابن عرفة عن الشيخ عن أشهب أنه لا قود في اللطمة ولا في الضربة بالسوط والعصا أو بشيء من الأشياء إلا أن يكون جرح. انتهى.

الحديث ....

نص خليل

وَشُفْرَيْ عَيْن وَحَاجِبٍ وَلِحْيَةٍ وَعَمْدُهُ كَالْخَطَإِ إلاَّ فِي الأَدَبِ وَإِلاَّ أَنْ يَعْظُمَ الْخَطَرُ فِي غَيْرِهَا كَعَظْمِ الصَّدْرِ وَفِيهَا أَخَافُ فِي رَضِّ الأُنْثَيَيْنِ أَنْ يَتْلَفَ.

متن الحطاب

ص: **وشفر عين وحاجب ولحية** ش: قال في المدونة في كتاب الجراح: وليس في جفون العين وأشفارها إلا الاجتهاد، [وفي حلق الرأس إذا لم ينبت الاجتهاد وكذلك اللحية، وليس في عمد ذلك قصاص،[1625]] وكذلك الحاجبان إذا [لم ينبتا.[1626]]

ص: **وعمده كالخطإ إلا في الأدب** ش: قال في كتاب الجراح من المدونة [وفي العمد[1627]] القصاص مع الأدب. قال أبو الحسن الصغير: قال أبو عمران إن اقتص منه فأدبه دون أدب من لم يقتص منه، وقال في العتبية في سماع ابن القاسم سئل مالك عن الذي يقتص منه هل عليه عقوبة. قال نعم. قال ابن رشد: قد قيل إنه لا عقوبة عليه مع القصاص لقوله تعالى: ﴿والجروح قصاص﴾ وهو الأظهر، ووجه قول مالك في إيجاب الأدب مع القصاص [هو[1628]] الردع والزجر ليتناهى الناس. انتهى. فعلم من هذا أن وجوب الأدب مع القصاص هو قول مالك، وأما القول الذي حكاه ابن رشد بقيل، وقال إنه الأظهر فلم أقف عليه في المذهب، وكلامه في المقدمات يدل على أنه ليس في المذهب. قال في المقدمات: ويجب على الجارح مع القصاص الأدب على مذهب مالك لجرءته، وقال عطاء بن أبي رباح: الجروح قصاص ليس للإمام أن يضربه ولا أن يسجنه وإنما هو القصاص، فعلم أن القول الثاني الذي حكاه بقيل إنما هو قول عطاء بن أبي رباح، واختاره ابن رشد. والله أعلم.

ص: [و[1629]] **إلا أن يعظم الخطر في غيرها كعظم الصدر** ش: لما أن أخرج الجراح التي لا قصاص فيها لأنها متالف، وفهم من ذلك أن ما عداها من الجراح فيه القصاص ذكر أن شرط القصاص فيها أن لا يعظم الخطر في ذلك الجرح والكسر كعظم الصدر، وجزم هنا تبعا لمن تقدمه كابن الحاجب ورد في المدونة الأمر في ذلك لأهل المعرفة، وكذلك في الضلع. قال في كتاب الجراح من المدونة: والصلب إذا كسر خطأ وبرىء وعاد لهيئته فلا شيء فيه، وكذلك كل كسر يعود لهيأته لا شيء فيه إلا أن يكون عمدا يستطاع فيه القصاص فإنه يقتص منه، وإن كان عظما إلا في المأمومة والجائفة والمنقلة وما لا يستطاع أن يقتص منه فليس في عمد ذلك إلا الدية مع الأدب. قال مالك: وفي عظام الجسد القود من الهاشمة وغيرها إلا ما كان مخوفا مثل الفخذ وشبهه فلا قود فيه. قال ابن القاسم: وإن كانت الهاشمة في الرأس فلا قود فيها لأني لا أجد هاشمة [تكون[1630]] في الرأس إلا كانت منقلة، ولا قصاص في الصلب والفخذ وعظام العنق، وفي كسر أحد الزندين وهما قصبتا اليد القصاص وإن كانت خطأ فلا شي فيه إلا أن يبرأ على عثم فيكون فيها الاجتهاد، وفي كسر الذراعين والعضدين والساقين

الحديث

....

[1625] *- في المطبوع وفي حلق الرأس إذا لم ينبت إلا الاجتهاد وكذلك اللحية وليس في عمد ذلك القصاص وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص557.

[1626] *- في المطبوع ينبتا إلا الاجتهاد وعمده وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في التهذيب ج4 ص557.

[1627] - في المطبوع في كل عمد ومايابى182 ويحيى ص454 وم ص83 وما بين المعقوفين من ن ذي ص247 .

[1628] - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 ويحيى ص115 وم ص83.

[1629] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 ويحيى ص115 وم ص83 ومايابى183.

[1630] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 ويحيى ص115 وم ص83 ومايابى183.

نص خليل ....

متن الحطاب والقدمين والكفين والأصابع القصاص، وفي كسر الضلع الاجتهاد إذا برىء على عثم، وإن برىء على غير عثم فلا شيء فيه، وإن كسرت عمدا فهي كعظام الصدر إن كان مخوفا كالفخذ فلا [قود[1631]] فيه، وإن كان مثل اليد والساق ففيه القصاص، وفي الترقوة إذا كسرت/ عمدا القصاص؛ لأن أمرها يسير لا يخاف منه، وإن كسرت خطأ [ففيها[1632]] الاجتهاد [إن[1633]] [برئت[1634]] على عثم، وإلا فلا شيء [فيها،[1635]] وكذلك اليد والرجل وجميع عظام الجسد إذا كسرت خطأ فبرئت على غير عثم فلا شيء [فيها.[1636]] انتهى. لكن بقي على المصنف أن يعد في الجراح التي لا قصاص فيها الجائفة كما نص على ذلك في المدونة وغيرها. والله أعلم. قال أبو الحسن: شك في عظام الصدر والضلع فرد ذلك إلى أهل المعرفة. انتهى. يعني به كونه رد ذلك إلى الاجتهاد.

248

وقال في النوادر في ترجمة ما يكون فيه القصاص وما لا يكون فيه عن كتاب ابن المواز. قال: ففي الترقوة والضلع القصاص قيل فيسقط القود في شيء من كسر العظام. قال: أما في مثل عظام الصدر فلا أرى فيه القصاص، وقد قال أشهب لا قصاص فيه لأنه متلف، وقال أشهب يسأل عنه أهل المعرفة وعن الضلع فإن كانا غير مخوفين اقتص فيهما. قال أشهب: قال مالك وفي إحدى قصبتي اليد القصاص إن استطيع ذلك، وقال ابن القاسم وأشهب في المجموعة فيه القصاص. قال أشهب في الكتابين: وكذلك إذا كسرتا جميعا. قال ابن المواز: واجتمعا أنه لا قصاص في عظام العنق والفخذ والصلب وشبه ذلك من المتالف في العظام، وفيه العقل بقدر الشين إلا الصلب ففيه الدية، ولا شيء في شينه إلا أن يكون انحنى، وهو مع ذلك يقوم ففيه من الدية بحساب ذلك، وفي كسر الفخذ حكومة بقدر الشين، وقد يبلغ ذلك أكثر من الدية إلا أن يكون أشل رجله فلا يقدر أن يمشي بها على الأرض[1637] ففيه دية الرجل كاملة، أو [يشله[1638]] بما ينقص مشيه فله من الدية بقدر ما نقص منها.

وقال ابن القاسم عن مالك: وفي الظفر القصاص إن استطيع منه القود. ابن المواز: اختلف فيه قول مالك وهذا أحب إلينا. قال ابن عبدوس: [قال سحنون[1639]] ينبغي أن يكون الظفر كسن الصبي لأنه ينبت انتهى. وقال ابن الحاجب: [وإذا برىء عظيم الخطر[1640]] على غير عثم فكالخطإ فلا شيء فيه سوى الأدب في العمد، بخلاف العمد في غيره فإنه يقاد منه وإن برىء على غير عثم. انتهى. قال

الحديث ....

1631 – في المطبوع شيء وما بين المعقوفين من ن عدود ص247 ويحيى ص115 ومايابى183.

1632 *– في المطبوع ففيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج4 ص557.

1633 – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى ص115 وم ص83 ومايابى183.

1634 *– في المطبوع برئ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1635 *– في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1636 – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى ص115 وم ص83 ومايابى183.

1637 – في مايابى 184 وسيد35 ويحيى459 ان يمس بها الارض ص248.

1638 *– في المطبوع يشبه وما بين المعقوفين من سيد35 ويحيى459 وم83.

1639 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى ص115 وم ص83 ومايابى184.

1640 *– في المطبوع ولو برئ العظم الخطر وما بين المعقوفين من التوضيح ج3 ص480.

نص خليل

وَإِنْ ذَهَبَ كَبَصَرٍ بِجُرْحٍ اقْتُصَّ مِنْهُ فَإِنْ حَصَلَ أَوْ زَادَ وَإِلاَّ فَدِيَّةُ مَا لَمْ يَذْهَبْ وَإِنْ ذَهَبَ وَالْعَيْنُ قَائِمَةٌ فَإِنْ اسْتُطِيعَ كَذَلِكَ وَإِلاَّ فَالْعَقْلُ كَأَنْ شُلَّتْ يَدُهُ بِضَرْبَةٍ وَإِنْ قُطِعَتْ يَدُ قَاطِعٍ بِسَمَاوِيٍّ أَوْ سَرِقَةٍ أَوْ قِصَاصٍ لِغَيْرِهِ فَلاَ شَيْءَ لِلْمَجْنِي عَلَيْهِ وَإِنْ قَطَعَ أَقْطَعَ الْكَفِّ مِنَ الْمِرْفَقِ فَلِلْمَجْنِي عَلَيْهِ الْقِصَاصُ أَوِ الدِّيَةُ كَمَقْطُوعِ الْحَشَفَةِ وَتُقْطَعُ الْيَدُ النَّاقِصَةُ إِصْبَعًا بِالْكَامِلَةِ بِلاَ غُرْمٍ وَخُيِّرَ إِنْ نَقَصَتْ أَكْثَرَ فِيهِ وَفِي الدِّيَةِ وَإِنْ نَقَصَتْ يَدُ الْمَجْنِي عَلَيْهِ فَالْقَوَدُ وَلَوْ إِبْهَامًا لاَ أَكْثَرَ وَلاَ يَجُوزُ بِكُوعٍ لِذِي مِرْفَقٍ وَإِنْ رَضِيَا وَتُؤْخَذُ الْعَيْنُ السَّلِيمَةُ بِالضَّعِيفَةِ خِلْقَةً أَوْ كِبَرٍ وَلِجُدَرِيٍّ أَوْ لِكَرْمِيَةٍ فَالْقَوَدُ إِنْ تَعَمَّدَ وَإِلاَّ فَبِحِسَابِهِ وَإِنْ فَقَأَ سَالِمٌ عَيْنَ أَعْوَرَ فَلَهُ الْقَوَدُ وَأَخْذُ الدِّيَةِ كَامِلَةً مِنْ مَالِهِ وَإِنْ فَقَأَ أَعْوَرُ مِنْ سَالِمٍ مُمَاثِلَتَهُ فَلَهُ الْقِصَاصُ أَوْ دِيَةُ مَا تَرَكَ وَغَيْرِهَا فَنِصْفُ دِيَةٍ فَقَطْ فِي مَالِهِ وَإِنْ فَقَأَ عَيْنَيِ السَّالِمِ فَالْقَوَدُ وَنِصْفُ الدِّيَةِ وَإِنْ قُلِعَتْ سِنٌّ فَثَبَتَتْ فَالْقَوَدُ وَفِي الْخَطَإِ كَالْخَطَإِ.

متن الحطاب

في التوضيح: يعني أن ما لا قصاص فيه لخطره لو برىء على غير عيب فلا شيء فيه، أما القصاص فلأنها مخوفة، وأما العوض فلأن الشرع لم يسم نعم يؤدب القاضي المتعمد. انتهى.

فائدة: قال عياض: العثم والعثل بالميم واللام معا، والعين المهملة المفتوحة، والثاء المثلثة مفتوحة مع اللام وساكنة مع الميم، وكلاهما بمعنى وهو الأثر والشين. انتهى من التنبيهات. وقال أبو الحسن: الضلع بالضاد المعجمة مكسورة وفتح اللام، والترقوة بفتح التاء وضم القاف غير مهموز أعلى الصدر المتصل بالعنق، والزند بفتح الزاي وبالنون. انتهى.

ص: **وإن ذهب كبصر بجرح اقتص منه فإن حصل أو زاد وإلا فدية ما لم يذهب** ش: أي وإن جرح شخص شخصا [جرحا[1641]] فيه القصاص وذهب بسبب ذلك الجرح شيء آخر كبصر أو سمع أو شم أو ذوق أو عقل اقتص من الجاني لذلك الجرح، فإن حصل فيه مثل ما حصل في المجني عليه من ذهاب العقل أو السمع أو البصر أو غير ذلك أو زاد فقد حصل المطلوب، فإن لم يحصل فيه مثل ما حصل في المجني عليه فإنه يكون على الجاني دية ذلك، ولم [يبين[1642]] المصنف هل الدية في ماله أو على عاقلته، وفي ذلك قولان ذكرهما ابن الحاجب وغيره؛ فمذهب ابن القاسم أن الدية في ماله، وقال أشهب على عاقلته.

ص: **وإن ذهب والعين قائمة فإن استطيع كذلك وإلا فالعقل كأن شلت يده بضربة** ش: يعني فإن استطيع أن يقتص منه وعينه قائمة/ فعل. قال في مختصر الوقار: فإذا ضربت العين [فأغيمت[1643]] وذهب بصرها وبقي جمالها ففيها عقلها خمسمائة ولا قود فيها، وإن أتى ذلك منها عمدا لأنه لا يصل إلى القود [في ذلك،[1644]] وكذلك اليد إذا شلت ولم تبن، وكذلك اللسان إذا خرس

249

الحديث ....

[1641] – في المطبوع جرح وما بين المعقوفين من ن عدود ص248 ويحيى ص116 وم ص84 ويم ص100 ومايابى184.

[1642] *– في المطبوع يبين وما بين المعقوفين من سيد35 وم84 ويحيى460 ومايابى184 ولم يبين المصنف ص248.

[1643] *– في المطبوع فأقيمت وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب ولعل الصواب فأغيمت.

[1644] *– في المطبوع إلا بذلك وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى184 وسيد35.

نص خليل وَالإسْتِيفَاءُ لِلْعَاصِبِ كَالْوَلَاءِ إلاَّ الْجَدَّ وَالإِخْوَةَ فَسِيَّانِ وَيَحْلِفُ الثلثَ وَهَلْ إلاَّ فِي الْعَمْدِ فَكَأخٍ تَأوِيلَانِ وَانْتُظِرَ غَائِبٌ لَمْ تَبْعُدْ غَيْبَتُهُ وَمُغْمًى وَمُبَرْسَمٌ.

متن الحطاب ولم يقطع هذه سبيل كل ما ذهبت منفعته ولم يبن عن [جثماني[1645]] المجني عليه وبقي جماله وإن كان [معيبا[1646]] ففيه عقله كاملا، ولا قود فيه [وإن[1647]] كان عمدا ويؤدب الجاني مع أخذ العقل منه، وإذا ضرب رجل عين رجل فأدمعها، أو ضرب سنه فحركها، أو ضرب يده فأوهنها استؤني بجميع ذلك سنة فما آل إليه أمر العين والسن واليد بعد السنة حكم بذلك للمجني عليه بعد السنة.انتهى./ 250

ص: والاستيفاء للعاصب ش: قال اللخمي: إذا اجتمع في القيام بالدم نسب وولاء كان النسب المبدأ في القيام والعفو وإن لم يكن ذو نسب فالمولى الأعلى، فإن لم يكن مولى أعلا فالسلطان، ولا شيء للمولى الأسفل. انتهى. وقال قبله: وإن لم يكن إلا رجل من الفخذ أو القبيل ولا يعرف قعدده من الميت ولا من يكون له ميراثه لم يكن له قيام بالدم. انتهى. وقال ابن سلمون: فإن لم يكن أولياء فهل للسلطان مالأولياء من العفو أو القصاص؟ قال ابن الحاج في مسائله: الذي يقتضيه الواجب أنه لا نظر للسلطان في العفو عنه، وكذلك ظهر لابن رشد. انظرها في سماع يحيى من الديات. انتهى. والذي في سماع يحيى في المسلم يقتل المسلم عمدا ولا ولي له إلا المسلمون إنه لا ينبغي للإمام أن يهدر دم المسلم ولكن يستقيد منه، فإن قتل نصراني نصرانيا ثم أسلم القاتل والولي للمقتول المسلمون فإن العفو في مثل هذا أحب إلي، وانظرها في أول سماع يحيى من الديات، وانظر بقية كلام ابن رشد عليها وتقدم شيء من هذا عن المجموعة عند قول المصنف: "حين القتل".

فرع: قال في مختصر الوقار: وإذا أقر رجل أنه قتل عمدا ولم يعرف المقتول ولم يوجد له أولياء يقومون بدمه سجنه الحاكم ولم يقتله، فلعل له وليا يعفو عن دمه.انتهى وانظر ابن سلمون.

ص: وانتظر غائب لم تبعد غيبته ش: يعني أنه إذا كان للمقتول وليان أحدهما غائب والآخر حاضر فليس للحاضر أن يستبد بالقتل قبل أن يعلم رأي الغائب إلا أن يكون الغائب بعيد الغيبة فإنه لا ينتظر، وظاهر المدونة أن الغائب ينتظر وإن بعدت غيبته.

قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان القتل بغير قسامة، وللمقتول وليان أحدهما حاضر والآخر غائب فإنما للحاضر أن يعفو، فيجوز العفو على الغائب، وتكون له حصته من الدية [وليس[1648]] له أن يقتل حتى يحضر الغائب، فحملها ابن رشد على ظاهرها كما ذكره في سماع يحيى من كتاب الديات، وكذلك ذكر ابن عرفة عن تعليقة أبي عمران عن ابن أبي زيد أن ظاهر المدونة ينتظر وإن بعدت غيبته، وقيد ابن يونس المدونة بما إذا لم تبعد غيبته. قال: قال سحنون فيمن بعد جدا أو أيس منه كالأسير ونحوه. قال ابن عرفة: في النوادر عن المجموعة قال ابن القاسم ينتظر الغائب إلا أن يكون

الحديث ....

[1645] *- في المطبوع جسمان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى184 وسيد35.

[1646] *- في المطبوع معينا وما بين المعقوفين من يحيى460 ويم121 ومايابى184 وسيد35.

[1647] - في المطبوع أو إن وما بين المعقوفين من ن عدود ص249 ويحيى ص116 وم ص84 ويم ص100 ومايابى184.

[1648] - في المطبوع فليس وما بين المعقوفين من ن ذي ص250 ومايابى185.

نص خليل

لاَ مُطْبَقٌ وَصَغِيرٌ لَمْ يَتَوَقَّفِ الثبُوتُ عَلَيْهِ وَلِلنِّسَاءِ إنْ وَرِثْنَ وَلَمْ يُسَاوِهِنَّ عَاصِبٌ وَلِكُلٍّ الْقَتْلُ وَلاَ عَفْوَ إلاَّ بِاجْتِمَاعِهِمْ كَأَنْ حُزْنَ الْمِيرَاثَ وَثَبَتَ بِقَسَامَةٍ وَالْوَارِثُ كَمُورِّثِهِ وَلِلصَّغِيرِ إنْ عُفِيَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ وَلِوَلِيِّهِ النَّظَرُ فِي الْقَتْلِ وَالدِّيَةِ كَامِلَةً كَقَطْعِ يَدِهِ إلاَّ لِعُسْرٍ فَيَجُوزُ بِأَقَلَّ بِخِلاَفِ قَتْلِهِ فَلِعَاصِبِهِ وَالأَحَبُّ أَخْذُ الْمَالِ فِي عَبْدِهِ.

متن الحطاب

بعيد الغيبة فلمن حضر القتل. ثم ذكر كلام سحنون. قال ابن عرفة: فحذف الصقلي قول ابن القاسم قصور. انتهى. فعلم من كلام ابن عرفة أن ابن القاسم لم يقيد الغيبة بالبعد جدا، ويفهم منه أن كلام سحنون خلاف قول ابن القاسم فلذلك لم يقيد المصنف الغيبة بالبعد جدا كقول سحنون، وكما هو ظاهر كلام ابن الحاجب، وعلم من كلام المصنف أنه لم/ [يرتض[1649]] حمل المدونة على ظاهرها كما قال ابن رشد، وقال في الشامل: وفيها انتظار الغائب [وهل إن قربت[1650]] غيبته، وهو الأصح، أو مطلقا تأويلان، وكتب إليه إن أمكن، فإن أيس منه لم ينتظر كأسير وشبهه. انتهى.

251

تنبيهات: الأول: إذا قلنا ينتظر فإن القاتل يحبس. قال في المدونة إثر الكلام السابق: ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب، ولا يكفل، إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص. انتهى.

الثاني: ظاهر كلام ابن عرفة والبرزلي أن مثل هذا يحبس ويقيد بالحديد. انظر كلامهما.

الثالث: هذا ظاهر إذا كان للقاتل مال يأكل منه، أو أجرى له من بيت المال ما يأكل منه، أو التزم ذلك [أحد، وأما إذا لم يكن[1651]] له شيء من ذلك فانظر كيف يعمل فيه، هل يطلق من السجن وهو الظاهر إذ يبعد أن يقول أحد إنه يخلد في السجن حتى يموت جوعا فتأمله.

الرابع: هذا الخلاف الذي ذكرناه في انتظار الغائب البعيد الغيبة إنما هو حيث تتعدد أولياء الدم وكان بعضهم حاضرا، وأما إن لم يكن إلا ولي واحد وهو غائب، أو غاب جميع الأولياء فالظاهر أنهم ينتظرون مطلقا ولو بعدت غيبتهم، ويشهد لذلك الفرع المنقول عن مختصر الوقار في القولة التي قبل هذه لكن مع وجود النفقة على القاتل هذا الذي ظهر لي، ولم أر في المسألة المذكورة نصا بعد البحث [عنها[1652]] في المدونة وأبي الحسن والرجراجي والنوادر والبيان والتوضيح وابن عبد السلام والشامل وبهرام الكبير والمقدمات والذخيرة وغيرها. والله أعلم.

ص: **لا مطبق وصغير** ش: قال ابن عرفة: وفيها إن كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فللآخر أن يقتل وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر، وإن كان في الأولياء مغمى عليه أو مبرسم انتظر إفاقته؛ لأن هذا مرض ابن رشد القياس قول من قال ينتظر، وأفتى/ فيمن له بنون صغار [وعصبة[1653]] كبار بانتظار الصغار قائلا: إذ هم أحق بالقيام بالدم، فسئل عن فتياه بخلاف الرواية المأثورة في ذلك فقال خفي

252

الحديث

....

[1649] – في المطبوع ترتض وما بين المعقوفين من ن عدود ص251 ويحيى ص116 وم ص84 ويم ص100 ومايابى185.

[1650] *- في المطبوع إن قربت وما بين المعقوفين من يحيى460 ويم121 وسيد34 وم85 ومايابى185.

[1651] *- في المطبوع أحد إذا لم يكن وما بين المعقوفين من سيد35 ويم121 ومايابى185 وم84.

[1652] – في المطبوع عليها ويحيى460 وم84 وميابى186.

[1653] – في المطبوع ويحيى ص116 أو عصبة وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 وم ص84 ويم ص101 ومايابى186.

نص خليل ....

متن الحطاب [على[1654]] السائل معنى ذلك فظن أنه لا يسوغ للمفتي العدول عن الرواية وليس كذلك، بل لا يسوغ للمفتي تقليد الرواية إلا بعد علمه بصحتها، لا خلاف فيه بين أحد من أهل العلم، وهذه الرواية مخالفة للأصول، واستدل على مخالفتها بما حاصله وجوب اعتبار حق الصغير وتأخيره لبلوغه كحق له بشاهد واحد، وبأن له جبر القاتل على الدية على قول أشهب وأحد قولي ابن القاسم ورواية الأخوين. ابن عرفة: ولا يخفى ضعف هذا، ولا يعتبر هذا في زماننا، إنما ساغ ذلك لابن رشد لعلو طبقته، وقال بعض من عاصره ليس العمل على هذا؛ إذ هو خلاف قول ابن القاسم، وفي طرة بعض نوازله ما نصه ليس العمل على هذا إذ هو [خلاف قول ابن القاسم،[1655]] وقال ابن الحاجب إنه أفتى بذلك من غير رواية ولا حجة، فإن قلت ما هي الرواية المأثورة في ذلك؟

قلت: في الموازية والمجموعة روى ابن وهب وأشهب في قتيل له بنون صغار وعصبة فللعصبة القتل ولا ينتظر بلوغ الصغار. قال عنه ابن وهب: ولهم العفو على الدية وتكون بينهم. قال عنه أشهب: وينظر للصغار وليهم في القود والعفو على مال، وله أن يقسم إن وجد معه من العصبة من يقسم معه، وإن لم يكن في [قربه[1656]] ثم يكون لهذا الذي هو أولى بالصبي القتل أو العفو على الدية.انتهى. وانظر عزوه الرواية للموازية والمجموعة.

وقد قال في كتاب الديات من المدونة: وإذا كان للمقتول عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير. وقال قبل هذا في ترجمة من تجوز شهادته في قتل الخطأ: وإذا كان للمقتول أولاد صغار والقتل بقسامة فلأولياء المقتول تعجيل القتل، ولا ينتظر أن يكبر ولده الصغار فيبطل الدم، وإن عفوا لم يجز عفوهم إلا على الدية لا على أقل منها، وإن كان أولاد المقتول كبارا وصغارا، فإن كان الكبار اثنين فصاعدا فلهم أن يقسموا ويقتلوا، ولا ينتظر بلوغ الصغار وإن عفا بعضهم فللباقين الأصاغر حظهم من الدية، وإن لم يكن له إلا ولد كبير وصغير، فإن وجد الكبير رجلا من ولاة الدم حلف معه، وإن لم يكن ممن له العفو حلفا خمسين يمينا ثم للكبير أن يقتل، وإن لم يجد من يحلف معه حلف خمسا وعشرين يمينا واستؤني الصغير، فإذا بلغ حلف أيضا خمسا وعشرين يمينا ثم استحق الدم، وإن كان القتل بغير قسامة وللمقتول ولدان أحدهما حاضر والآخر غائب فإنما للحاضر أن يعفو [و[1657]] يجوز على الغائب، ويكون له [حصته[1658]] من الدية وليس له أن يقتل حتى يحضر الغائب ويحبس القاتل حتى يقدم الغائب ولا يكفل إذ لا كفالة في النفس ولا فيما دون النفس من القصاص، وإن كان للمقتول أولياء كبار وصغار فللكبار أن يقتلوا، ولا ينتظر الصغار، وليس الصغير كالغائب يكتب إليه فيصنع في نصيبه ما أحب، والصغير يطول انتظاره فيبطل الدم وإن كان أحد الوليين مجنونا مطبقا فللآخر أن يقتل وهذا يدل على أن الصغير لا ينتظر قال:

الحديث ....

1654 - في المطبوع عن ويحيى ص116 ويم ص101 وما بين المعقوفين من ن ذي ص252 ومايابى186.

1655 *- في المطبوع خلاف ابن القاسم وما بين المعقوفين من يحيى461 وسيد35 ويم122 وم84 ومايابى86.

1656 *- في المطبوع قرية وما بين المعقوفين من يحيى461 وسيد35 ومايابى126.

1657 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 ومايابى186.

1658 *- في المطبوع حصة وما بين المعقوفين من يحيى461 ويم122 وم85 ومايابى186.

نص خليل وَيَقْتَصُّ مَنْ يَعْرِفُ بِأجْرُهُ الْمُسْتَحِقُّ وَلِلْحَاكِمِ رَدُّ الْقَتْلِ فَقَطْ لِلْوَلِيِّ وَنَهَى عَنِ الْعَبَثِ وَأُخِّرَ لِبَرْدٍ أَوْ حَرٍّ كَالْبُرْءِ كَدِيَتِهِ خَطَأً وَلَوْ كَجَائِفَةٍ وَالْحَامِلُ وَإِنْ بِجُرْحٍ مُخِيفٍ لَا بِدَعْوَاهَا وَحُبِسَتْ كَالْحَدِّ وَالْمُرْضِعُ لِوُجُودِ مُرْضِعٍ وَالْمُوَالاَةُ فِي الأَطْرَافِ كَحَدَّيْنِ لِلَّهِ لَمْ يُقْدَرْ عَلَيْهِمَا وَبُدِئَ بِأَشَدَّ لَمْ يُخَفْ عَلَيْهِ لَا بِدُخُولِ الْحَرَمِ وَسَقَطَ إِنْ عَفَا رَجُلٌ كَالْبَاقِي وَالْبِنْتُ أَوْلَى مِنَ الأُخْتِ فِي عَفْوٍ وَضِدِّهِ وَإِنْ عَفَتْ بِنْتٌ مِنْ بَنَاتٍ نَظَرَ الْحَاكِمُ وَفِي رِجَالٍ وَنِسَاءٍ لَمْ يَسْقُطْ إِلاَّ بِهِمَا أَوْ بِبَعْضِهِمَا وَمَهْمَا أَسْقَطَ الْبَعْضُ فَلِمَنْ بَقِيَ نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ كَإِرْثِهِ وَلَوْ قِسْطًا مِنْ نَفْسِهِ وَإِرْثُهُ كَالْمَالِ وَجَازَ صُلْحُهُ فِي عَمْدٍ بِأَقَلَّ أَوْ أَكْثَرَ وَالْخَطَأُ كَبَيْعِ الدَّيْنِ وَلاَ يَمْضِي عَلَى عَاقِلَتِهِ كَعَكْسِهِ فَإِنْ عَفَا فَوَصِيَّةٌ وَتَدْخُلُ الْوَصَايَا فِيهِ وَإِنْ بَعْدَ سَبَبِهَا أَوْ بِثُلُثِهِ أَوْ بِشَيْءٍ إِذَا عَاشَ بَعْدَهَا مَا يُمْكِنُهُ التَّغْيِيرُ فَلَمْ يُغَيِّرْ.

متن الحطاب وإن كان بعض الأولياء مغمى عليه أو مبرسما فإنه ينتظر إفاقته لأن هذا مرض من الأمراض. انتهى. ثم قال بعد ذلك ما هو أصرح في المسألة، وإذا كان [للمقتول[1659]] عمدا ولد صغير وعصبة فللعصبة أن يقتلوا أو يأخذوا الدية ويعفوا ويجوز ذلك على الصغير وليس لهم أن يعفوا على غير مال. انتهى.

253 وقال أبو الحسن: قوله فيبطل/ الدم إما بأن يموت القاتل حتف أنفه أو يهرب من السجن. اهـ.

ص: **ويقتص من يعرف بأجرة من المستحق** ش: يعني أن المجروح إذا وجب له القصاص فإنه لا يترك أن يقتص لنفسه، ولكن يدعى له أهل المعرفة بالقصاص فيقتصون له وتكون أجرة الذي يقتص

254 على/ المستحق للقصاص. قاله مالك وابن القاسم وأشهب. قاله في النوادر قال ويدعى له أرفق من يقدر عليه من أهل البصر فيقتص بأرفق ما يقدر عليه. قال مالك: وأحب إلي أن يولي الإمام على الجراح رجلين عدلين ينظران ذلك ويقيسانه.

قال: وإن لم يجد إلا واحدا فأرى ذلك مجزئا إن كان عدلا، فإن كانت موضحة شرط في رأسه مثلها، وإن كانت سنا مقلوعة من أصلها نزعت من الجاني بالكلبتين أو بأرفق ما يقدر عليه، وإن كسر أشرافها أو بعضها سحل بمقدار ذلك منها قيل لمالك أتجعل الموسى بيد المجروح ثم يشد الطبيب على يده حتى يبلغ ذلك؟ قال: لا أعرف هذا. اهـ.

تنبيه: فعلم من هذا أن القصاص في الجراح لا يطلب فيه أن يكون بمثل ما جرح [به،[1660]] فإذا شجه موضحة مثلا بحجر أو عصا يقتص منه بالموسى، ولا يقتص منه بحجر أو عصا.

ص: **ومهما أسقط البعض فلمن بقي نصيبهم من دية عمد** ش: يعني أنه إذا أسقط بعض من له العفو حقه وعفا عن القاتل فإن القود يسقط ويتعين للباقين نصيبهم من دية عمد ويدخل في ذلك بقية الورثة، فإذا عفا جميع الأولياء فلا شيء للبنات. قال في المدونة في آخر كتاب الديات: وإذا قامت

255 بينة بالقتل عمدا [وللمقتول[1661]] بنون وبنات/ فعفو البنين جائز على البنات ولا أثر لهن مع البنين في عفو ولا قيام، وإن عفوا على الدية دخل فيها النساء وكانت على فرائض الله تعالى وقضى منها

الحديث ....

[1659] – في المطبوع المقتول وما بين المعقوفين من ن عدود ص252 ويحيى ص117 وم ص84 ويم ص101 ومايابى187.

[1660] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ز ص254 ويحيى ص117 ويم ص101 و م ص85 ومايابى187.

[1661] – في المطبوع فللمقتول وما بين المعقوفين من ن عدود ص254 ويحيى ص117 وم ص85 ويم ص101 ومايابى187.

نص خليل بِخِلَافِ الْعَمْدِ إلاَّ أنْ يُنْفِذَ مَقْتَلَهُ وَيَقْبَلَ وَارِثُهُ الدِّيَةَ وَعَلِمَ.

متن الحطاب دينه، وإن عفا واحد من البنين سقطت حصته من الدية وكانت بقيتها [بين من بقي[1662]] على الفرائض وتدخل في ذلك الزوجة وغيرها، وكذلك إذا وجب الدم بقسامة، ولو أنه عفا على الدية كانت له ولسائر الورثة على المواريث وإذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية وإنما لهن إذا عفا بعض البنين والإخوة والأخوات إذا استووا فهم كالبنين والبنات فيما ذكرنا. اهـ. وما ذكره في المدونة من أنه إذا عفا جميع البنين فلا شيء للنساء من الدية.

قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولا لمن لا يعتبر عفوه معه كالبنات والابن وهو ظاهر المذهب، وبه قال ابن القاسم وأشهب، وروى أشهب عن مالك أيضا إن عفا الذكور كلهم فحق أخواتهم في الدية باق. ابن المواز: وبالقول الأول قال من أدركنا من أصحاب مالك ثم إن الأول مقيد بأن يعفو كل من له العفو في فور واحد، وأما لو عفا بعض من له ذلك ثم بلغ من بقي وعفا فلا يضر ذلك من معهما من أخت وزوج وزوجة لأنه مال ثبت بعفو الأول. قاله محمد. اهـ.

ص: **بخلاف العمد** ش: أي فلا تدخل الوصايا فيما أخذه الورثة عنه. قال في الشامل: ولا مدخل لوصية في عمد وإن وَرِثت كَمَالِهِ [وغرم[1663]] الدين منه، ولو قال إن قبل أولادي الدية فوصيتي فيها أو أوصي بثلثها ولا يدخل منها في ثلثه شيء إلا إذا أنفذ مقتله وقبل أولاده الدية وعلم بها. اهـ.

فرع: ولو أوصى أن تقبل الدية من القاتل وأوصى فيها بوصايا لم تدخل الوصايا فيه على المشهور لاحتمال أن لا يرضى القاتل. قاله في رسم العارية من سماع عيسى من كتاب الديات فإن رضي القاتل بذلك أيضا كانت الوصايا في الدية.

تنبيه: قال ابن الحاجب: بخلاف العمد فإنه لا مدخل للوصية فيه وإن كان يورث كماله ويغرم الدين منه. قال ابن عبد السلام: معناه أنه لا يضر في سلب المالية عن [دم[1664]] العمد وعدم نفوذ الوصية من ثلث ديته كون الدية فيه تورث كماله وتأخذ منها الزوجة سهمها ويؤدى منها الدين لأنها دائرة بين ما قلناه من عدم المالية وبين كونها [مالا لم[1665]] يعلم به [الموصي.[1666]] انتهى. وقال في التوضيح: ولا يضر في سلب المالية كونه يورث عنه ويغرم منه الدين لأنها مال لم يعلم به ربه أو ليست بمال حقيقة فتأمله. اهـ . ولا أعلم خلافا في كونه يؤدى منها دين الميت إذا قبلت. قال ابن رشد في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا: ولو أوصى المقتول بمال فقال يخرج ثلثي مما علمت من مالي ومما لم أعلم لم تدخل في ذلك الدية التي أخذها الورثة لأنها مال لم يكن له وإنما قال [مما[1667]] لم

الحديث ....

[1662] *- في المطبوع بين حق من بقي وما بين المعقوفين من يم122 وسيد36 وم85.

[1663] - في المطبوع ومايابى187 ويحيى ص117 وم ص85 ويم ص101 أو غرم وما بين المعقوفين من ن عدود ص255.

[1664] - في المطبوع عدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 ويحيى ص118 وم ص85 ويم ص101 ومايابى187.

[1665] - في المطبوع ما لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 ومايابى188 (وفي يحيى ص118 مالا يعلم) (ويم ص101 مال لم يعلم).

[1666] - في المطبوع ويم ص101 الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 ويحيى ص118 ومايابى188.

[1667] في المطبوع ما ومايابى188 ويحيى ص118 ويم ص102 وم ص85 وما بين المعقوفين من ن عدود ص255.

نص خليل

وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات فلأوليائه الْقَسَامَةُ وَالْقَتْلُ وَرَجَعَ الْجَانِي فِيمَا أَخَذَ مِنْهُ وَلِلْقَاتِلِ الِاسْتِحْلَافُ عَلَى الْعَفْوِ فَإِنْ نَكَلَ حَلَفَ وَاحِدَةً وَبَرِئَ وَتُلُوِّمَ لَهُ فِي بَيِّنَتِهِ الْغَائِبَةِ وَقُتِلَ بِمَا قَتَلَ وَلَوْ نَارًا إلاَّ بِخَمْرٍ أَوْ لِوَاطٍ وَسِحْرٍ وَمَا يُطَوِّلُ وَهَلْ وَالسُّمُّ أَوْ يَجْتَهِدُ فِي قَدْرِهِ تَأْوِيلَانِ فَيُغْرَقُ وَيُخْنَقُ وَيُحَجَّرُ وَضُرِبَ بِالْعَصَا لِلْمَوْتِ كَذِي عَصَوَيْنِ وَمُكِّنَ مُسْتَحِقٌّ مِنَ السَّيْفِ مُطْلَقًا وَانْدَرَجَ طَرَفٌ إنْ تَعَمَّدَهُ وَإِنْ لِغَيْرِهِ لَمْ يَقْصِدْ مُثْلَةً كَالأَصَابِعِ فِي الْيَدِ وَدِيَةُ الْخَطَإِ عَلَى الْبَادِي مُخَمَّسَةً بِنْتُ مَخَاضٍ وَوَلَدَا لَبُونٍ وَحِقَّةٌ وَجَذَعَةٌ وَرُبِّعَتْ فِي عَمْدٍ بِحَذْفِ ابْنِ اللَّبُونِ وَثُلِّثَتْ فِي الأَبِ وَلَوْ مَجُوسِيًّا فِي عَمْدٍ لَمْ يُقْتَلْ بِهِ كَجَرْحِهِ بِثَلاثِينَ حِقَّةً وَثَلاثِينَ جَذَعَةً وَأَرْبَعِينَ خَلِفَةً بِلاَ حَدِّ سِنٍّ وَعَلَى الشَّامِي وَالْمِصْرِي وَالْمَغْرِبِي أَلْفُ دِينَارٍ وَعَلَى الْعِرَاقِي اثْنَا عَشَرَ أَلْفَ دِرْهَمٍ إلاَّ فِي الْمُثَلَّثَةِ فَيُزَادُ بِنِسْبَةِ مَا بَيْنَ الدِّيَتَيْنِ وَالْكِتَابِي وَالْمُعَاهَدُ نِصْفُ دِيَتِهِ وَالْمَجُوسِيُّ وَالْمُرْتَدُّ ثلثُ خُمُسٍ وَأُنْثَى كُلٍّ كَنِصْفِهِ وَفِي الرَّقِيقِ قِيمَتُهُ وَإِنْ زَادَتْ وَفِي الْجَنِينِ وَإِنْ عَلَقَةً عُشْرُ أُمِّهِ وَلَوْ أَمَةً نَقْدًا أَوْ غُرَّةٌ عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ تُسَاوِيهِ وَالأَمَةُ مِنْ سَيِّدِهَا وَالنَّصْرَانِيَّةُ مِنَ الْعَبْدِ الْمُسْلِمِ كَالْحُرَّةِ إنْ زَايَلَهَا كُلُّهُ حَيَّةً إلاَّ أَنْ يَحْيَا فَالدِّيَةُ إنْ أَقْسَمُوا وَلَوْ مَاتَ عَاجِلاً وَإِنْ تَعَمَّدَهُ بِضَرْبِ بَطْنٍ أَوْ ظَهْرٍ أَوْ رَأْسٍ فَفِي الْقِصَاصِ خِلاَفٌ وَتَعَدَّدَ الْوَاجِبُ بِتَعَدُّدِهِ.

متن الحطاب

أعلم [من مالي[1668]] وديته لم تكن من ماله ولكن يؤدى منها [دينه[1669]]، ويرثها عنه ورثته على كتاب الله عز وجل، لأن السنة أحكمت ذلك في الدية وإن كانت ليست بمال للمقتول الموروث، قال ابن دحون: وهو صحيح .اهـ كلام ابن رشد.

ص: **وإن عفا عن جرحه أو صالح فمات** ش: نحوه في المدونة فيمن قطعت يده فعفا ثم مات، قال الشيخ أبو الحسن إن قال/ عفوت عن اليد لا غير لا إشكال، وإن قال عن اليد وما ترامى إليه من نفس أو غيره فلا إشكال، وإن قال عفوت فقط فهو محمول على أنه عفا عما وجب له في الحال، وهو قطع اليد. اهـ وقد ذكر المصنف هذه المسألة في كتاب الصلح أيضا، وتقدم الكلام عليها بما فيه الكفاية. والله أعلم. 256

ص: **واندرج طرف** ش: يعني أن الأطراف تندرج في النفس كما إذا قطع يد واحد ورجل آخر وفقأ عين آخر وقتل آخر وهو ظاهر.

فرع: قال في المدونة في أثناء كتاب الديات: ومن فقأ أعين جماعة اليمني وقتا بعد وقت ثم قاموا فلتفقأ عينه لجميعهم، وكذلك اليد والرجل، ولو أقام أحدهم[1670] —وهو أولهم أو آخرهم— فله القصاص ولا شيء لمن بقي، وكذلك لو قتل رجلا عمدا ثم قتل بعد ذلك رجالا فقتل [فلا شيء لهم[1671]] عليه. انتهى.

ص: **ودية الخطإ على البادىء مخمسة** ش: شرع يتكلم رحمه الله على/ الدية وهي بتخفيف الياء المثناة التحتية. قال ابن عرفة: الدية مال يجب بقتل آدمي حر عن دمه أو بجرحه مقدرا شرعا لا باجتهاد فيخرج ما يجب بقتل غير الآدمي من قيمة فرس ونحوه، وما يجب بقتل ذي رق من قيمته والحكومة. انتهى. 257

ص: **وفي الجنين ولو علقة عشر دية أمه** ش: شمل كلامه جنين الحيوان البهيمي. قال في المسائل الملقوطة لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك ولم يتبعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة فألقت جنينا ميتا فعليه عشر قيمة أمه./ اهـ وهذا خلاف ما يقوله المصنف إنما فيه ما نقصها وهو الذي يقوله أهل المذهب. 258

ص: **[وورثت[1672]] على الفرائض** ش: تصوره ظاهر.

الحديث

....

[1668] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 ومايابى188.

[1669] – في المطبوع ديته وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 ويحيى ص118 وم ص85 ويم ص102 ومايابى188.

[1670] *– في م85 ومايابى188 ويحيى462 وسيد36 ولو قام أحدهم ص256.

[1671] *– في المطبوع ولا شيء فيه لهم وما بين المعقوفين من ذي ص256.

[1672] – في المطبوع وأورثت (ويم ص102 وورث) وما بين المعقوفين من ن عدود ص258 ومايابى188 ويحيى ص118 وم ص85.

نص خليل

وَوَرِثَ عَلَى الْفَرَائِضِ وَفِي الْجِرَاحِ حُكُومَةٌ بِنِسْبَةِ نُقْصَانِ الْجِنَايَةِ إِذَا بَرِئَ مِنْ قِيمَتِهِ عَبْدًا فَرْضًا مِنَ الدِّيَةِ.

متن الحطاب

تنبيه: إذا كان الجاني هو الأب فتجب عليه الغرة ولا يرث منها. قاله في الديات من المدونة، ونصه: ولو ضرب الأب بطن امرأته فألقت جنينا ميتا فلا يرث الأب من دية الجنين شيئا ولا يحجب ويرثها من سواه. اهـ. وقال الجزولي في شرح الرسالة: وكذلك الأم إذا كانت هي التي أسقطت مثل أن تشرب ما يعلم أنه يسقط به الجنين فإن الغرة تجب عليها ولا ترثها، وأما إن شربت دواء مما لا يعلم [أنه يسقط[1673]] به الجنين، فكان ذلك سبب سقوطه فلا غرة عليها، وكذلك الطبيب إذا سقاها وكانت الأدوية مما يعلم أنه يسقط به الجنين فعليه الغرة، وإن كان مما يعلم أنه لا يسقط به فلا غرة عليه.انتهى بلفظه.

وقال في رسم [العقول[1674]] من سماع أشهب من كتاب الديات: وسئل مالك عن المرأة تشرب الدواء وهي حامل فيسقط ولدها أترى عليها شيئا؟ قال: ما أرى به بأسا إذا كان دواء يشبه السلامة فليس به بأس إن شاء الله، قد يركب الإنسان الدابة فتصرعه، وقد كوى رسول الله صلى الله عليه وسلم [أسعد[1675]] فمات فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {بئس الميت [ليهود[1676]] [يقول[1677]] يفتنون به ويقولون لم يغن عنه صاحبه[1]}، قال ابن رشد هذا بين على ما قاله، وهو على قياس ما تقدم في رسم البز من سماع ابن القاسم في الصبي الذي تسقيه أمه الدواء فيشربه فيموت. اهـ.

وقال في المسائل الملقوطة في الحامل تشرب داء فتلقي جنينها: ذكر ابن حبيب عن قتادة أن عليها عتق رقبة، وقال فضل بن مسلمة قد قيل لا شيء عليها إذا كان دواء مأمونا، وهو مذهب أصحابنا. اهـ. وذكرها ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من تبصرته، وقال في مفيد الحكام: وإذا شربت المرأة دواء فألقت جنينا ميتا لم تكن للغرة ضامنة. اهـ. يريد إذا كان دواء مأمونا كما تقدم في كلام غيره. والله أعلم. وسيأتي عند قول المصنف: "وعلى القاتل الخ" وانظر كتاب الديات من المدونة في باب ما أصاب النائم والنائمة.

259

ص: **وفي الجراح حكومة** ش: قال في الرسالة: وما برىء على غير شين مما دون الموضحة فلا شيء/ فيه. قال الجزولي: انظر أجرة الطبيب وثمن الزراريع قيل على الجاني، وقيل لا شيء عليه وهو ظاهر الكتاب، وقال الفاكهاني: ظاهر الرسالة أنه لا يعطى أجرة الأدوية، ولم يقل به مالك، وقيل يعطى ما أنفقه من الأدوية. قاله الفقهاء السبعة. قال ابن ناجي: أراد الفاكهاني بقوله ولم يقل به مالك أي لم يقل بأن الأجرة له، بل قال مثل ظاهر كلام الرسالة، [إذ قيل[1678]] له من انكسر فخذه

الحديث

1- بيس الميت ليهود مرتين سيقولون لولا دفع عن صاحبه ولا أملك له ضرا ولا نفعا ولأتمحلن له فأمر به وكوي بخطين فوق رأسه فمات، مسند أحمد، ج4 ص138.

[1673] – في المطبوع ويحيى ص462 أنه لا يسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص255 وم ص85 (ومايابى188 ما يعلم أنه يسقط).

[1674] – في المطبوع العقود وما بين المعقوفين من البيان والتحصيل ج15 ص469.

[1675] – في المطبوع سعدا وما بين المعقوفين من مسند أحمد، ط. دار الفكر ج4 ص132.

[1676] – في المطبوع ويم ص102 وم ص86 يهود وما بين المعقوفين من ن عدود ص258 ويحيى ص118 ومايابى189 ولفظ البيان بيس الميت ليهود يفتنون به يقولون ج15 ص469.

[1677] – في المطبوع تقول ومايابى189 ويم ص102 وم ص86 ويحي 462 وما بين المعقوفين من ن عدود ص258

[1678] *– في المطبوع إذا قيل وما بين المعقوفين من م86 ويحيى462 وسيد36.

نص خليل

كَجَنِينِ الْبَهِيمَةِ إلاَّ الْجَائِفَةَ وَالآمَّةَ فَثلثُ وَالْمُوضِحَة فَنِصْفُ عُشرٍ وَالْمُنَقِّلَة وَالْهَاشِمَةَ فَعُشْرٌ وَنِصْفُهُ وَإِنْ بِشَيْنٍ فِيهِنَّ إنْ كُنَّ بِرَأسٍ أوْ لَحْيٍ أعْلَى.

متن الحطاب

ثم جبرت مستوية أله ما أنفق في علاجه؟ قال: ما علمته من أمر الناس، أرأيت إن برىء على شين أيكون له قيمة الشين وما أنفق في علاجه؟. اهـ . وقال أبو الحسن: قال ابن يونس قال مالك وليس أجر الطبيب بأمر معلوم معمول به ثم ذكر ما تقدم، وقال بعده ابن رشد: وقال الفقهاء السبعة فيما دون الموضحة من جراح الخطإ أجر المداوي صح من المقدمات هنا، وقال ابن الحاجب هذا. قال مالك: ما علمت أجر الطبيب من أمر الناس. ذكره قبل الكلام على الأعضاء [المقدرة، [1679]] وذكر المصنف في آخر باب الغصب في ذلك قولين.

ص: كجنين البهيمةش: قال في المسائل الملقوطة لما ذكر المسائل التي انفرد بها مالك، ولم يتابعه عليها أحد من فقهاء الأمصار: من ضرب بطن بهيمة فألقت جنينا ميتا فعليه عشر قيمة أمه. اهـ. وما قاله خلاف ما قاله المصنف من أنه إنما فيه قيمة ما نقصها، وما قاله المصنف هو الذي يقوله أهل المذهب.

ص: وإن بشين فيهنش: الضمير للجائفة والآمة والمنقلة والهاشمة والموضحة، ومعناه أنه إذا حصل بسبب واحد من هذه الجراحات شين فإنه لا يزاد على المقدر فيها شيء لأجل الشين، ولم يذكروا خلافا في اندراج شين غير الموضحة، واختلف في اندارج شين الموضحة على ثلاثة أقوال: الأول يندرج، وهو ظاهر كلامه هنا، [وعزاه[1680]] في التوضيح لأشهب، وهو ظاهر إلحاقا لها ببقية أخواتها، والثاني أنه يزاد لأجل الشين، سواء كان قليلا أو كثيرا [وعزاه[1681]] في التوضيح لابن زرقون، وهو مذهب المدونة قال فيها: وموضحة الوجه والرأس إذا برئت على شين زيد في عقله بقدر الشين. اهـ. والثالث روى ابن نافع عن مالك إن كان أمرا منكرا زيد له وإلا فلا. اهـ من التوضيح. وقال الشيخ زروق: في الموضحة إذا برئت على شين ثلاثة مشهورها قول مالك وابن القاسم أنه يزاد على ديتها بقدر الشين.انتهى.

ص: [وفي اليدين[1682]]ش: قال ابن ناجي: والدية كاملة في مجموع اليدين سواء قطعت الأصابع خاصة، أو قطعت مع الكف، أو مع الذراع أو قطعت اليدان من المنكبين، [وهذا[1683]] الذي قلناه هو قول مالك من رواية أشهب، ولو قطع كف وليس فيها إلا أصبع واحدة فله دية الأصبع، واستحسن ابن القاسم في الكف حكومة. قال أشهب لا شيء له[1684] في الكف إذا ما بقي شيء له دية، واتفقوا إذا بقي الكف خاصة ففيها حكومة، وأنه إن لم يذهب له إلا أصبع واحد فلا شيء له فيما بقي من

الحديث ....

[1679] *- في المطبوع المقررة وما بين المعقوفين من م86 ويحيى462 وسيد36 ومايابى189.

[1680] - في المطبوع وعزوه وما بين المعقوفين من ن عدود ص259 ويحيى ص118 وم ص102 وم ص86 ومايابى189.

[1681] - في المطبوع وعزوه وما بين المعقوفين من ن عدود ص259 ويحيى ص118 وم ص86 ومايابى189.

[1682] - عدود مقدم عن محله من المتن موافق لنسخة مايابى189.

[1683] *- في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من م86 ويحيى463 وسيد36 ويم123 ومايابى189.

[1684] *- في م85 ويحيى462 وسيد36 ومايابى188 ويم123 فلا شيء لهم ص259.

نص خليل

وَإِلاَّ فَلاَ تَقْدِيرَ وَتَعَدَّدَ الْوَاجِبُ بِجَائِفَةٍ نَفَذَتْ كَتَعَدُّدِ الْمُوضِحَةِ وَالْمُنَقِّلَةِ وَالآمَّةِ إن لَمْ تَتَّصِلْ وَإِلاَّ فَلاَ وَإِنْ بِفَوْرٍ فِي ضَرَبَاتٍ وَالدِّيَةُ فِي الْعَقْلِ أو السَّمْعِ أو الْبَصَرِ أو النُّطْقِ أو الصَّوْتِ أو الذَّوْقِ أَوْ قُوَّةِ الْجِمَاعِ أَوْ نَسْلِهِ أَوْ تَجْذِيمِهِ أَوْ تَبْرِيصِهِ أَوْ تَسْوِيدِهِ أَوْ قِيَامِهِ وَجُلُوسِهِ والأُذُنَيْنِ أو الشَّوَى أو الْعَيْنَيْنِ أَوْ عَيْنِ الأَعْوَرِ لِلسُّنَّةِ بِخِلاَفِ كُلِّ زَوْجٍ فَإِنَّ فِي أَحَدِهِمَا نِصْفَهُ وَفِي الْيَدَيْنِ وَالرِّجْلَيْنِ وَمَارِنِ الأَنْفِ وَالْحَشَفَةِ وَفِي بَعْضِهِمَا بِحِسَابِهَا مِنْهُمَا لاَ مِنْ أَصْلِهِ وَفِي الأُنْثَيَيْنِ مُطْلَقًا وَفِي ذَكَرِ العنين قَوْلاَنِ وَفِي شفرَيِ الْمَرْأَةِ إِنْ بَدَا الْعَظْمُ وَفِي ثَدْيَيْهَا أَوْ حَلَمَتَيْهِمَا إِنْ بَطَلَ اللَّبَنُ وَاسْتُؤْنِيَ بِالصَّغِيرَةِ وَسِنِّ الصَّغِيرِ الَّذِي لَمْ يُثْغِرْ لِلإِيَاسِ كَالْقَوَدِ وَإِلاَّ انْتُظِرَ سَنَةً.

متن الحطاب

الكف، واختلفوا فيما بين ذلك، فجعل ابن القاسم الأصبع قليلا كما لو لم يبق فيها شيء وجعل أشهب وجودها مانعا من أخذ الحكومة، ووافقه على ذلك سحنون، وقاله ابن القاسم في الأصبعين وجعل عبد الملك الثلاثة من حيز القليل، فله في الكف عنده بحساب ما ذهب من الأصابع، وقال المغيرة إذا ذهب منها أصبعان ثم قطع الكف بعد ذلك فإن أخذ في الأصبعين عقلا أو قودا فله عقل/ ثلاثة أصابع ولا حكومة له. اهـ.

260

وقال في المدونة في أواخر كتاب الجراح: إذا ذهبت أصبع من الكف بأمر من الله سبحانه [أو[1685]] بجناية وقع فيها قصاص أو عقل، ثم أصيبت الكف خطأ ففيها أربعة أخماس الدية، ولو ذهبت منها أنملة [قد[1686]] اقتص منها لَقُوصِصَ بها في دية الكف، ومن قطع كفا خطأ وقد ذهب بعض أصابعها فإنما عليه بحساب ما بقي من الأصابع في الكف، وإن لم يبق في الكف إلا أصبع واحدة فعليه في الأصبع ديتها، واستحسن في الكف حكومة، ومن قطع كف رجل عمدا وقد ذهب منها أصبعان أو ثلاثة بأمر من الله عز وجل أو بجناية [وقع[1687]] فيها قصاص أو عقل لم يقتص منه، ولكن عليه العقل في ماله ولو ذهب منها أصبع واحدة قطعت يده قصاصا، سواء كانت الإبهام المقطوعة أو غيرها. انتهى.

ص: **والقيمة للعبد كالدية** ش: قال في أوائل كتاب الديات من المدونة: وفي مأمومة العبد وجائفته في كل واحدة ثلث قيمته، وفي منقلته عشر قيمته ونصف عشر قيمته، وفي/ موضحته نصف عشر قيمته وفيما سوى ذلك من جراحاته ما نقصه بعد برئه. اهـ. فإن برئت الجراحات المذكورة على شين فاختلف هل يزاد لأجل الشين، أو لا يزاد ويكون الواجب فيها حينئذ ما نقصه؟ في ذلك ثلاثة أقوال ذكرها في المقدمات، وانظر الشيخ أبا الحسن. والله أعلم.

261

ص: **وسن لصغير لم يثغر للإياس كالقود وإلا انتظر سنة** ش: يعني أن سن الصغير إذا قلعت قبل الإثغار خطأ أو عمدا لم يعجل فيها القود ولا الدية حتى يؤيس من نباتها، فقوله كالقود تشبيه لإفادة الحكم، وقيد اللخمي وقف العقل بغير المأمون، وأما الجاني المأمون فلا يوقف، وظاهر قوله أنه يوقف جميع عقلهن وهو كذلك خلافا لسحنون، وقوله: "وإلا انتظر سنة" قال ابن عبد السلام في

الحديث

....

[1685] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص259 ويحيى ص119 ويم ص102 وم ص86 ومايابى190.

[1686] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من مايابى190.

[1687] – في المطبوع ومايابى190 وقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص260 ويحيى ص119 وم ص86 ويم ص123.

نص خليل وَسَقَطَا إنْ عَادَتْ وَوَرِثَا إنْ مَاتَ وَفِي عَوْدِ السِّنِّ أَصْغَرَ بِحِسَابِهَا وَجُرِّبَ الْعَقْلُ بِالْخَلَوَاتِ وَالسَّمْعُ بِأَنْ يُصَاحَ مِنْ أَمَاكِنَ مُخْتَلِفَةٍ مَعَ سَدِّ الصَّحِيحَةِ وَنُسِبَ لِسَمْعِهِ الآخَرِ وَإِلاَّ فَسَمْعٌ وَسَطٌ وَلَهُ نِسْبَتُهُ إنْ حَلَفَ وَلَمْ يَخْتَلِفْ قَوْلُهُ وَإِلاَّ فَهَدَرٌ وَالْبَصَرُ بِإِغْلاَقِ الصَّحِيحَةِ كَذَلِكَ وَالشَّمُّ بِرَائِحَةٍ حَادَّةٍ وَالنُّطْقُ بِالْكَلاَمِ اجْتِهَادًا وَالذَّوْقُ بِالْمَقِرِ وَصُدِّقَ مُدَّعٍ ذَهَابَ الْجَمِيعِ بِيَمِينٍ وَالضَّعِيفُ مِنْ عَيْنٍ وَرِجْلٍ وَنَحْوِهِمَا خِلْقَةً كَغَيْرِهِ وَكَذَا الْمَجْنِي عَلَيْهَا إن لَّمْ يَأْخُذْ لَهَا عَقْلاً وَفِي لِسَانِ النَّاطِقِ وَإِنْ لَّمْ يَمْنَعِ النُّطْقَ مَا قَطَعَهُ فَحُكُومَةٌ كَلِسَانِ الأَخْرَسِ وَالْيَدِ الشَّلاَّءِ وَالسَّاعِدِ وَأَلْيَتَيِ الْمَرْأَةِ وَسِنٍّ مُضْطَرِبَةٍ جِدًّا وَعَسِيبِ ذَكَرٍ بَعْدَ الْحَشَفَةِ وَحَاجِبٍ أَوْ هُدْبٍ وَظُفُرٍ وَفِيهِ الْقِصَاصُ وَإِفْضَاءٍ وَلاَ يَنْدَرِجُ تَحْتَ مَهْرٍ بِخِلاَفِ الْبَكَارَةِ إلاَّ بِأُصْبُعِهِ وَفِي كُلِّ أُصْبُعٍ عُشْرٌ وَالأَنْمُلَةِ ثُلُثُهُ إلاَّ فِي الإِبْهَامِ فَنِصْفُهُ وَفِي الأُصْبُعِ الزَّائِدَةِ الْقَوِيَّةِ عُشْرٌ إنْ انْفَرَدَتْ.

متن الحطاب شرح قول ابن الحاجب: "وإلا انتظر بها سنة": يعني أنه إذا جاوز السن [الذي ينبت[1688]] فيه ولم تنقض سنة انتظرت بقية السنة ووجبت الدية في الخطإ والقصاص في العمد. انتهى. وانظر ضبط يثغر والإثغار في التوضيح.

ص: **وسقط إن عادت** ش: يعني أنه إذا عادت سن الصغير سقط القود والعقل، وأما الكبير إذا قضي

262 له بعقل/ سنه ثم [عاد[1689]] أو اذنه ثم عادت بعد الحكم فلا يرد شيئا اتفاقا، وإن [ردتا قبل[1690]] الحكم وعادتا ففي ذلك ثلاثة أقوال، ومذهب المدونة أنه يقضى بالعقل [فيهما،[1691]] وأما القود في العمد فلا خلاف في أنه يقاد منه ولو عادت السن أو الأذن. [قاله[1692]] في البيان، ونقله ابن عرفة قبل الكلام على الأحق بالدم، ونقله في التوضيح. والله أعلم.

263 **فرع:** فإن قلعت سن الصغير بعد الإثغار ونباتها أخذ الدية معجلة. نقله ابن عرفة./ وغيره

ص: **بخلاف البكارة** ش: أي فإنها تندرج تحت المهر، فإذا وطىء بكرا أو افتضها غصبا فعليه صداقها كما صرح به في النوادر في كتاب الزنا، وهو معنى قول ابن الحاجب هنا والزوج وغيره سواء، وأظنه في المدونة.

ص: **إلا بأصبعه** ش: يعني إلا إذا أزال البكارة بأصبعه فإنها لا تندرج في المهر. قال ابن رشد في سماع سحنون من كتاب النكاح: إذا فعل ذلك بغير زوجته فلا خلاف أن عليه ما شانها عند الأزواج مع الأدب، فأما إذا فعل ذلك بزوجته فقال ها هنا لا شيء عليه؛ معناه أنه ليس عليه أدب إلا ما شانها به إن أمسكها ولم يطلقها، ولا يجب عليه بذلك جميع صداقها إن طلقها قبل أن يمسها؛ يريد ويكون عليه إن فعل ذلك ما شانها فعله عند غيره من الأزواج، وفي سماع أصبغ من ابن القاسم أن

الحديث ....

[1688] – في المطبوع ويحيى ص119 ويم ص103 وم ص86 الذي لا ينبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ومايابى190.

[1689] – هكذا في ن عدود وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع عادت وهو الذي في مايابى190ويحيى463 ويم103 وم86.

[1690] – في المطبوع ردتا منه قبل (ويم ص103 ردت قبل الحكم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ويحيى ص463 وم ص86 ومايابى190.

[1691] – في المطبوع فيها (ويم ص103 يقضى فيها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص261 ويحيى ص463 وم ص86 ومايابى190.

[1692] – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص262 ويحيى ص463 وم ص86 ويم ص103 ومايابى190.

نص خليل

وَفِي كُلِّ سِنٍّ خَمْسٌ وَإِنْ سَوْدَاءَ بِقَلْعٍ أو اسْوِدَادٍ أَوْ بِهِمَا أَوْ بِحُمْرَةٍ أَوْ بِصُفْرَةٍ إِنْ كَانَا عُرْفًا كَالسَّوَادِ أَوْ بِاضْطِرَابِهَا جِدًّا وَإِنْ ثَبَتَتْ لِكَبِيرٍ قَبْلَ أَخْذِ عَقْلِهَا أَخَذَهُ كَالْجِرَاحَاتِ الأَرْبَعِ وَرُدَّ فِي عَوْدِ الْبَصَرِ وَقُوَّةِ الْجِمَاعِ وَمَنْفَعَةِ اللَّبَنِ وَفِي الأُذُنِ إِنْ ثَبَتَ تَأْوِيلاَنِ وَتَعَدَّدَتِ الدِّيَةُ بِتَعَدُّدِهَا إِلاَّ الْمَنْفَعَةَ بِمَحَلِّهَا وَسَاوَتِ الْمَرْأَةُ الرَّجُلَ لِثُلُثِ دِيَتِهِ فَتَرْجِعُ لِدِيَتِهَا وَضُمَّ مُتَّحِدُ الْفِعْلِ أَوْ فِي حُكْمِهِ أو الْمَحَلِ فِي الأَصَابِعِ لاَ الأَسْنَانِ وَالْمَوَاضِحِ وَالْمَنَاقِلِ وَعَمْدٍ لِخَطَإٍ وَإِنْ عَفَتْ وَنُجِّمَتْ دِيَةُ الْحُرِّ الْخَطَإِ بِلاَ اعْتِرَافٍ عَلَى الْعَاقِلَةِ وَالْجَانِي.

متن الحطاب

ذلك من الزوج كالوطء يجب به جميع الصداق، وقال أصبغ القياس أنه في الأصبع وغيره سواء؛ يريد أنه يجب عليه بذلك إن طلقها قبل أن يمسها ما شانها به عند غيره من الأزواج لا في وجوب الأدب، فقول أصبغ في سماعه مثل قول ابن القاسم هنا. انتهى.

وقال ابن شاس: لو أزال بكارة زوجته بأصبعه ثم طلقها فعليه قدر ما شانها مع نصف الصداق وينظر ما شانها عند الأزواج في [حالها[1693]] وجمالها. انتهى. وقال ابن الحاجب: ولو أزال البكارة بأصبعه فحكومة. قال في التوضيح: فعلى الزوج حكومة، وعليه نصف الصداق إن طلق وهو القياس عند أصبغ ولابن القاسم لها الصداق كاملا.انتهى. وظاهره أن الحكومة تجب على الزوج ولو لم يطلق، وهو خلاف ما تقدم عن ابن رشد فيقيد كلام التوضيح بأن ذلك بعد الطلاق، وكلام ابن الحاجب بعده يقوي الإبهام؛ لأنه قال بعده: والزوج وغيره فيهما سواء. قال في التوضيح: أي في الإفضاء والبكارة [قوله[1694]] سواء؛ أي في لزوم الدية والحكومة على القولين في الإفضاء ولزوم الحكومة في البكارة. انتهى. فيقيد كلامه بكلام ابن رشد، وانظر المسألة أيضا في رسم الرطب باليابس من سماع ابن القاسم من كتاب الجنايات./ 264

ص: وفي كل سن خمس من الإبل ش: قال في المتيطية: في كل سن خمس من الإبل وهي خمسون دينارا على أهل الذهب وستمائة درهم على أهل الورق.

فرع: إذا أخذت دية السن أو الأصابع والجراح من الإبل فتؤخذ مخمسة من الأصناف الخمسة بنات المخاض وبنات اللبون وبنو اللبون والحقات والجذعات. قاله في النوادر.

ص: [أو اسوداد[1695]] ش: فإن انقلعت ففيها دية أخرى. قاله في التوضيح فانظره.

ص: فإن ثبتت لكبير ش: أي فإن ثبتت سن الكبير بعد قلعها وقبل أن يأخذ عقلها فإنه يأخذ العقل، وهذا إذا قلعت السن وأما لو اضطربت جدا ثم ثبتت فإنه لا شيء فيها كما يفهم ذلك من كلام التوضيح في شرح/ قول ابن الحاجب: واشتداد اضطرابها فيمن لا يرجى كقلعها، فإنه قال: قال ابن 265 القاسم: ويستأني بها سنة. اهـ.

ص: على العاقلة والجاني ش: ما ذكره من دخول الجاني هو المشهور، وقيل لا يدخل. ابن عرفة:

الحديث

....

[1693] – في المطبوع مالها وما بين المعقوفين من ن عدود ص263 ويحيى ص119 وم ص86 ويم ص103 ومايابى190.

[1694] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص263 ويحيى ص119 ومايابى191.

[1695] – في المطبوع واسوداد وما بين المعقوفين من ن عدود ص264 ويحيى ص120 وم ص87 ويم ص103 ومايابى191.

نص خليل إنْ بَلَغَ ثلث الْمَجْنِي عَلَيْهِ أوِ الْجَانِي وَمَا لَمْ يَبْلُغْ فَحَالٌ عَلَيْهِ كَعَمْدٍ.

متن الحطاب وعليه إن لم تكن عاقلة تسقط الجناية، وعلى الأول إن لم يجد من يعينه فيها عادت عليه، وقيل على بيت المال فإن لم يكن أو عسر تناولها كانت عليه. انتهى. والقول الثاني من هذين القولين المفرعين على الأول [هو[1696]] الجاري على كلام المؤلف. والله أعلم.

فرع: لا تحمل العاقلة جناية العبد. قال في التوضيح: لأنه إن جنى عمدا اقتص منه، وإن جنى خطأ ففي رقبته. انتهى. وكذا لا تعقل العاقلة من قتل نفسه، وكذلك الصلح. قال في التوضيح: لأنه إن كان عما يلزم العاقلة من دية الخطإ فمن حق العاقلة أن ترده إن شاءت، وإن كان عن عمد فلا يلزمها الأصل ولا الفرع. انتهى.

ص: **إن بلغ ثلث دية المجني عليه أو الجاني** ش: هذا هو المشهور. قال في التوضيح: وحكى اللخمي عن أشهب أن العاقلة لا تحمل إلا ما زاد على الثلث. انتهى. وفهم من هذا الشرط أن الغرة لا تحملها العاقلة وهو المشهور. قال ابن الحاجب: في مال الجاني. قال في التوضيح: هذا مذهب المدونة، وروى أبو الفرج أن العاقلة تحملها لأنها دية شخص قائم بنفسه، والأول يقيد بأن لا [تكون[1697]] ثلث دية الجاني ففي المدونة: وإن ضرب/ مجوسي أو مجوسية بطن مسلمة خطأ فألقت جنينا ميتا حمله عاقلة الضارب. انتهى. 266

فرع: لو جنى عليه مالا تحمله العاقلة فسرى إلى ما تحمله حملت الجميع. قال ابن الحاجب: ولو شجه موضحة خطأ فذهب سمعه وعقله فديتان ونصف عشر على العاقلة، وكذلك لو شجه موضحة ومأمومة بضربة واحدة. قال في التوضيح: نحوه في المدونة، [وهو[1698]] ظاهر على مذهب مالك الذي يرى العقل في القلب، وأما على قول عبد الملك فإذا كانت الموضحة في [اللحي[1699]] الأعلى من الوجه سقطت دية الموضحة. اهـ. لأنه يرى أن محل العقل الرأس [فتسقط[1700]] دية الموضحة لاندراجها في دية العقل لاتحاد المحل، وكلام المؤلف مخالف لكلام ابن عبد السلام؛ إذ قال ما نصه: هذا ظاهر على قول من يرى أن محل العقل القلب، أما من يراه الدماغ فينظر في الموضحة فإن كانت في الفك الأعلى من الوجه فكذلك، وإن كانت في الدماغ فيستغنى بدية العقل عن دية الموضحة، وليس مراد المؤلف هنا تحقيق هذا المعنى، وإنما مراده أن الضربة الواحدة إذا كان عنها جرحان أو جراحات يقصر بعضها عن ثلث الدية، وكان في المجموع ما يبلغ ثلث الدية فأكثر أن العاقلة تحمله، ولهذا عقب هذا الكلام بقوله: "وكذا لو شجه موضحة". انتهى.

قال في آخر كتاب الجراح من المدونة: ومن شج رجلا ثلاث مأمومات في ضربة واحدة ففيها الدية كاملة، وإن شجه ثلاث منقلات في ضربة واحدة حملته العاقلة؛ لأن هذا يبلغ أكثر من الثلث، وإن كان ذلك في ثلاث ضربات كان ضربا متتابعا لم يقلع عنه فهو كضربة واحدة تحمله العاقلة، وإن كان

الحديث ....

[1696] – في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن ذي ص265 ومايابى191 وم87 ويحيى464 ويم124.

[1697] *– في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من ذي ص265.

[1698] *– في المطبوع هو وما بين المعقوفين من م87 ويحيى164 وسيد36 ومايابى191.

[1699] – في المطبوع اللحم وما بين المعقوفين من ن ذي ص266 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص103 ومايابى191.

[1700] – في المطبوع تسقط وما بين المعقوفين من ن عدود ص266 ويحيى121 ويم103 وم87.

نص خليل

وَدِيَةٍ غُلِّظَتْ وَسَاقِطٍ لِعَدَمِهِ إلاَّ مَا لاَ يُقْتَصُّ مِنْهُ مِنَ الْجُرْحِ لإِتْلاَفِهِ فَعَلَيْهَا وَهْيَ الْعَصَبَةُ وَبُدِئَ بِالدِّيْوَانِ إنْ أُعْطُوا ثُمَّ بِهَا الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ ثُمَّ الْمَوَالِي الأَعْلَوْنَ ثُمَّ الأَسْفَلُونَ.

متن الحطاب

مفرقا في غير فور واحد لم تحمله العاقلة. انتهى. ثم قال في التوضيح: واحترز بقوله خطأ مما لو كانت عمدا فإنه يقتص له من الموضحة، فإن ذهب عقل المقتص منه وسمعه فواضح، وإن لم يذهب ذلك فدية ذلك في مال الجاني، وقوله: "بضربة واحدة" احتراز من ضربتين فإن العاقلة لا تحمل الموضحة حينئذ لأنها دون الثلث. انتهى.

ص: **ودية غلظت** ش: قال في المسائل الملقوطة: الدية المغلظة تكون في شبه العمد، وهو ضرب الزوج والمؤدب والأب في ولده والأم والأجداد، وفعل الطبيب والخاتن وهو كل من جاز فعله شرعا، وقيل اللطمة والوكزة والرمية بالحجر والضرب [بعصا[1701]] متعمدا فهذا شبه العمد لا يقتص منه، وتكون فيه دية مغلظة. انتهى.

ص: **ثم بها الأقرب فالأقرب** ش: قال ابن الحاجب: ويبدأ بالفخذ ثم البطن ثم العمارة ثم الفصيلة ثم القبيلة ثم أقرب القبائل.

فائدة: أسماء طبقات قبائل العرب ستة الشعب ثم القبيلة ثم العمارة ثم [البطن[1702]] ثم الفخذ ثم الفصيلة، وزاد بعضهم العشيرة، فالشعب بالفتح كما قاله في القاموس والقرطبي في تفسيره مأخوذ من شعب الرأس بالفتح أيضا، وهو شأنه الذي يضم قبائله كما قاله في الصحاح، والشأن واحد الشؤون وهو تواصل قبائل الرأس وملتقاها ومنها تجيء الدموع. قاله في الصحاح. والقبيلة مأخوذة من قبائل الرأس.

قال في الصحاح: [وهي[1703]] العظام المتشعب بعضها إلى بعض يصل [بينها[1704]] الشؤون وبها سميت قبائل العرب، والواحدة قبيلة وهم بنو أب واحد، والقبيل الجماعة تكون من الثلاثة فصاعدا من قوم شتى مثل الروم والزنج والعرب، والجمع قبيل، وقوله سبحانه: ﴿ وحشرنا عليهم كل شيء قبلا ﴾ وقال الأخفش قبيلا قبيلا، وقال الحسن عيانا. انتهى. وقبائل الرأس أربع قطع الشعب بالفتح من الأضداد. قاله/ القرطبي.

267

وقال في الصحاح: والشعب الصدع في الشيء، وإصلاحه أيضا الشعب، ومصلحه الشعاب، والآلة مشعب. انتهى. وقيل سميت قبائل لتقابل الأنساب فيها، والعمارة بالفتح وقد تكسر. قاله في القاموس. مأخوذة من عمارة الإنسان وهو صدره لأنه موضع القلب، وهو عمارة الجسد، والبطن لأن [بطن[1705]] الإنسان تحت صدره والفخذ كذلك، والفصيلة قال في الذخيرة: وهو ما تحت الفخذ لأن

الحديث ....

1701 - في المطبوع وم87 يم125 بعصاة وما بين المعقوفين من ن ذي ويحيى464.

1702 - في المطبوع ثم الفخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص266 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص104 ومايابى192.

1703 - في المطبوع ومايابى192 وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص266 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص104.

1704 - في المطبوع بها وما بين المعقوفين من ن ذي ص266 مت125 مك87 يحيى464.

1705 - في المطبوع بطون وما بين المعقوفين من ن ذي ص267 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص104 ومايابى192.

نص خليل

ثُمَّ بَيْتِ الْمَالِ إِنْ كَانَ الْجَانِي مُسْلِمًا وَإِلاَّ فَالذِّمِيُّ ذَوُو دِينِهِ وَضُمَّ كَكُوَرِ مِصْرَ وَالصُّلْحِيُّ أَهْلُ صُلْحِهِ وَضُرِبَ عَلَى كُلٍّ مَا لاَ يَضُرُّ وَعُقِلَ عَنْ صَبِيٍّ وَمَجْنُونٍ وَامْرَأَةٍ وَفَقِيرٍ وَغَارِمٍ وَلاَ يَعْقِلُونَ وَالْمُعْتَبَرُ وَقْتُ الضَّرْبِ لاَ إِنْ قَدِمَ غَائِبٌ وَلاَ يَسْقُطُ لِعُسْرِهِ أَوْ مَوْتِهِ وَلاَ دُخُولَ لِبَدَوِيٍّ مَعَ حَضَرِيٍّ وَلاَ شَامِيٍّ مَعَ مِصْرِيٍّ مُطْلَقًا الْكَامِلَةُ فِي ثَلاَثِ سِنِينَ تَحِلُّ بِأَوَاخِرِهَا مِنْ يَوْمِ الْحُكْمِ وَالثُّلُثُ وَالثُّلُثَانِ بِالنِّسْبَةِ وَنُجِّمَ فِي النِّصْفِ وَالثَّلاثَةُ الأَرْبَاعِ بِالتَّثْلِيثِ ثُمَّ لِلزَّائِدِ سَنَةٌ وَحُكْمُ مَا وَجَبَ عَلَى عَوَاقِلَ بِجِنَايَةٍ وَاحِدَةٍ كَحُكْمِ الْوَاحِدَةِ كَتَعَدُّدِ الْجِنَايَاتِ عَلَيْهَا وَهَلْ حَدُّهَا سَبْعُمِائَةٍ أَوِ الزَّائِدُ عَلَى أَلْفٍ قَوْلاَنِ.

متن الحطاب

به [ينفصل[1706]] خلقه من غيره وينقطع آخره. انتهى. فهذا هو الترتيب المعروف، وقال في الصحاح: الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فقدم الفصيلة. قال في الذخيرة: فخالف غيره، مع أنه [قد[1707]] قال في باب اللام: إن فصيلة الرجل رهطه [الأدنون،[1708]] والرهط قبيلة الرجل وقومه التي تنصره. قال الله تعالى: ﴿ ولولا رهطك لرجمناك ﴾ انتهى. وعلى ما ذكره الجوهري تكون الفصيلة كالعنق من الإنسان، لأنه يفصل بين الرأس والجسد. قاله في الذخيرة. فخزيمة شعب كنانة قبيلة، وقريش عمارة قصي بطن هاشم فخذ العباس فصيلة العشيرة الإخوة. والله أعلم./ 268

وقد نظم ذلك بعضهم فقال:

اقصد الشعب فهو أكبر حي	[عددا في الجزاء[1709]] ثم القبيلة
ثم يتلوهما العمارة ثم البطن	والفخذ بعدها والفصيله
ثم من بعدها العشيرة لكن	هي في جنب من ذكرنا قليله

وقال آخر:

قبيلة قبلها شعب وبعدهما	عمارة ثم بطن [تلوها فخذ[1710]]
وليس يأوي الفتى إلا فصيلته	ولا [سداد لسهم ماله قذذ[1711]]

والشعب رؤوس القبائل مثل عدنان وقحطان والأوس والخزرج، والقبائل ما انقسمت فيها أنساب الشعب مثل ربيعة ومضر، والعمارة ما انقسمت فيها أنساب القبيلة مثل كنانة وقريش، والبطن ما انقسمت فيها أنساب العمارة مثل عبد مناف وبني مخزوم، والفخذ ما انقسمت فيه أنساب البطن مثل بني هاشم وبني أمية، والفصيلة ما انقسمت فيها أنساب الفخذ مثل بني العباس وبني أبي طالب. قال النووي في التهذيب عن الماوردي: فإذا تباعدت الأنساب صارت القبائل شعوبا والعمائر قبائل. انتهى. والعشيرة مثل أولاد العباس وأولاد أبي طالب بالنسبة إلى أنفسهم، وقيل الشعوب عرب اليمن مثل قحطان، والقبائل مثل ربيعة ومضر، وقيل الشعوب بطون العجم، والقبائل بطون العرب. قال القشيري: وعلى هذا فالشعوب من لا يعرف لهم نسب كالسند والترك والقبائل من العرب، وعن ابن عباس الشعوب الموالي والقبائل العرب. والله أعلم.

ص: **ثم بيت المال** ش: ابن عرفة: روى محمد بن أسلم من لا قوم له فالمسلمون يعقلون عنه.

الحديث

....

[1706] – في المطبوع يفصل وما بين المعقوفين من ن ذي ص267 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص104 ومايابى192.

[1707] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص267.

[1708] *– في المطبوع الأقربون وما بين المعقوفين من ن عدود 267.

[1709] – في المطبوع عدا في العدا وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 ويحيى ص121 وم ص87 ويم ص104 ومايابى193.

[1710] – في المطبوع ويحيى ص121 ويم ص104 وم ص87 والفخذ تليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص268 ومايابى193 (والفخذ يتلهما).

[1711] – في المطبوع ومايابى193 ولا شداد له إلا عشيرته ويحيى ص122 وم ص87 ويم ص104وما بين المعقوفين من ن عدود ص268.

نص خليل وَعَلَى الْقَاتِلِ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ وَإِنْ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا أَوْ شَرِيكًا إِذَا قَتَلَ مِثْلَهُ مَعْصُومًا خَطَأً عِتْقُ رَقَبَةٍ وَلِعَجْزِهَا شَهْرَانِ كَالظِّهَارِ لاَ صَائِلاً وَقَاتِلِ نَفْسِهِ كَدِيَتِهِ وَنُدِبَتْ فِي جَنِينٍ وَرَقِيقٍ وَعَمْدٍ وَعَبْدٍ وَعَلَيْهِ مُطْلَقًا جَلْدُ مِائَةٍ وَحَبْسُ سَنَةٍ وَإِنْ بِقَتْلِ مَجُوسِيٍّ أَوْ عَبْدِهِ أَوْ نُكُولِ الْمُدَّعِي عَلَى ذِي اللَّوْثِ وَحَلِفِهِ.

متن الحطاب اللخمي: إن كانت له عاقلة قليلة لم يكن فيها ما يحمل لقلتهم حمل عليهم ما يحملون والباقي على بيت المال. انتهى.

قلت: عزوه للشيخ ابن أبي زيد يقتضي أنه لم يقف عليه في المدونة، والمسألة في كتاب الولاء والمواريث من المدونة، ونصها: ومن أسلم من الذميين فعقلهم [وحرائر أموالهم[1712]] على بيت المال، ويرثهم المسلمون إن لم يكن لهم ورثة مسلمون يعرفون، وكذلك من أسلم من الأعاجم والبر بر والسودان والقبط ولا موالي لهم فعقلهم على المسلمين وميراثهم لهم. انتهى. وفيها أيضا: وإذا كان عبد مسلم لقرشي وذمي فأعتقاه معا فولاء حصة الذمي للمسلمين، ولو كان العبد نصرانيا فأعتقاه معا ثم جنى جناية كان نصفها على بيت المال لا على المسلم؛ لأنه لا يرثه، ونصفها على أهل خراج الذمي الذين يؤدون معه الجزية، ولو أسلم العبد بعد العتق ثم جنى كانت حصة الذمي من جنايته على المسلمين دونهم؛ لأنهم ورثوا حصته والنصف على قوم القرشي. انظر بقية كلامه في المدونة وكلام أبي الحسن عليها وغيره.

ص: **وعلى القاتل الحر** ش: قال ابن فرحون في الفصل التاسع من القسم الثالث من التبصرة: فرع: لو سقت ولدها دواء فشرق فمات فلا شيء عليها، وكذا لو انقلبت على ولدها وهي نائمة فلا شيء عليها غير الكفارة. انتهى. ومسألة سقي الدواء ذكرها في العتبية في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الديات، ومسألة النائمة تنقلب على ولدها وهي نائمة فيموت ذكرها في المدونة في كتاب الديات في باب ما أصاب النائم والنائمة وزاد وديته على/ عاقلتها، ونصه: وإذا نامت امرأة على ولدها فقتلته فديته على عاقلتها وتعتق رقبة. انتهى. وقال المشذالي في حاشيته عند قوله في كتاب الديات من المدونة: وإذا وجد قتيل في محلة قوم أو دارهم ولا يدرى من قتله لم يؤخذ به أحد ويبطل دمه ولا يكون من بيت المال ولا غيره ما نصه: سئل ابن عبد السلام [عمن[1713]] نام مع زوجته في فراش واحد فأصبح الولد بينهما ميتا لا يدري أيهما رقد عليه فقال: لم أر فيها نصا، وعندي أنه هدر. 269

قلت: لشيخنا فما رأيكم فيها قال: كرأي ابن عبد السلام ويؤخذ من قولها هنا. انتهى.

ص: **أو نكول المدعي على ذي اللوث وحلفه** ش:

فرع: قال ابن رشد في نوازله: إذا كان للوث شهود غير عدول [و[1714]] تعرف جرحتهم أو [تتوسم فيهم[1715]] الجرحة فلا اختلاف في أنه لا يجب على المشهود [عليه[1716]] بشهادتهم ضرب مائة سوط وسجن عام، وإنما يجب عليه بشهادتهم السجن الطويل رجاء أن يوجد عليه بينة عادلة، وأما

الحديث ....

1712 – في م88 ومايابى193 ويحيى465 وسيد37 وجرائر مواليهم.

1713 – في المطبوع من ويحيى ص122 ويم ص104 وم ص88 وما بين المعقوفين من ن ز ص269 ومايابى194.

1714 – في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص269 ويحيى ص122 ويم ص104 وم ص88 ومايابى194.

1715 *– في المطبوع تتوهم فيهم وما بين المعقوفين من م88 ومايابى194 ويحيى465.

1716 *– في المطبوع عليهم وما بين المعقوفين من م88 ويحيى465 ويم125 وسيد37.

نص خليل وَالْقَسَامَةُ سَبَبُهَا قَتْلُ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ فِي مَحَلِّ اللَّوْثِ كَأَنْ يَقُولَ بَالِغٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ قَتَلَنِي فُلاَنٌ وَلَوْ خَطَأً أَوْ مَسْخُوطًا عَلَى وَرِعٍ أو وَلَدٌ عَلَى وَالِدِهِ أَنَّهُ ذَبَحَهُ أَوْ زَوْجَةٌ عَلَى زَوْجِهَا إنْ كَانَ جُرْحٌ أَوْ أَطْلَقَ وَبَيَّنُوا لاَ خَالَفُوا وَلاَ يُقْبَلُ رُجُوعُهُمْ وَلاَ إنْ قَالَ بَعْضٌ عَمْدًا وَبَعْضٌ لاَ نَعْلَمُ أَوْ نَكَلُوا بِخِلاَفِ ذِي الْخَطَإِ فَلَهُ الْحَلِفُ وَأَخْذُ نَصِيبِهِ وَإِنْ اخْتَلَفَا فِيهِمَا وَاسْتَوَوْا حَلَفَ كُلٌّ وَلِلْجَمِيعِ دِيَةُ خَطَإٍ وَبَطَلَ حَقُّ ذِي الْعَمْدِ بِنُكُولِ غَيْرِهِمْ وَكَشَاهِدَيْنِ بِجَرْحٍ أَوْ ضَرْبٍ مُطْلَقًا أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً ثُمَّ يَتَأَخَّرُ الْمَوْتُ يُقْسِمُ لَمِنْ ضَرْبِهِ مَاتَ أَوْ بِشَاهِدٍ بِذَلِكَ مُطْلَقًا إنْ ثَبَتَ الْمَوْتُ أَوْ بِإِقْرَارِ الْمَقْتُولِ عَمْدًا كَإِقْرَارِهِ مَعَ شَاهِدٍ مُطْلَقًا أَوْ إقْرَارِ الْقَاتِلِ فِي الْخَطَإِ فَقَطْ بِشَاهِدٍ وَإِنْ اخْتَلَفَ شَاهِدَاهُ بَطَلَ وَكَالْعَدْلِ فَقط فِي مُعَايَنَةِ الْقَتْلِ.

متن الحطاب إن كانوا مجهولين لا يعرفون بجرحة ولا عدالة فيجب عليه الضرب والسجن [إن عفي عنه[1717]] قبل القسامة أو بعدها على القول بوجوب القسامة في ذلك، ولا يجب عليه ضرب مائة وسجن عام على القول بسقوط القسامة مع ذلك، وقد اختلف في ذلك قول مالك، وأما إذا شهد شاهد عدل فلا اختلاف في المذهب في وجوب القسامة بذلك، ولا في وجوب ضرب[1718] مائة وسجنه عاما إن عفا عنه الأولياء قبل القسامة أو بعدها، ولا يجوز أن يضرب المدعى عليه الدم بالتهمة وإنما يحبس بها إذا كان ممن يليق به التهمة الشهر ونحوه رجاء أن تقوم عليه بينة، وإن قويت عليه التهمة بما يشبه عليه مما لم يتحقق تحقيقا يوجب القسامة حبس الحبس الطويل. قال ابن الحاجب: حتى يتبين براءته أو يأتي عليه السنون الكثيرة. قال مالك: ولقد كان الرجل يحبس في الدم باللطخ والتهمة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول السجن، فإن [اتهم وكان[1719]] مجهول الحال حبس اليوم واليومين والثلاثة، وإن لم يتهم وكان معروفا بالصلاح لم يحبس ولو يوما واحدا. انتهى.

فرع: قال ابن عرفة: وفي تقديم الضرب على السجن والتخيير في ذلك قولان لسماع عيسى عن ابن القاسم، ونقله الباجي عن أشهب، ولم يحك ابن رشد غير ما في السماع. انتهى.

ص: والقسامة ش: قال ابن عرفة: القسامة حلف خمسين يمينا [أو جزئها[1720]] على إثبات الدم، وقال في التوضيح: قال في المشارق: القسامة ترديد الأيمان بين الحالفين. أشهب: القسامة سنة لا رأي لأحد فيها، وكانت في الجاهلية فأقرها عليه الصلاة والسلام./ 270

ص: قتلني فلان ولو خطأ ش: قال الفاكهاني في شرح الرسالة: وأظنه ناقلا عن ابن يونس لو قيل للمجروح من ضربك فقال لا أعرفه ولا أدري من ضربني. ثم قال بعد ذلك فلان فالتدمية باطلة. انتهى./ 271

فرع: قال ابن رشد في نوازله في رجل، دمّى على رجل ثم شهد شهود أنه [كان[1721]] دمّى على رجل آخر قبله، وقال لما سئل عن ذلك إني خشيت أن يرجع إلي، فيتم على أن ذلك يبطل التدمية؛ لأن في تدميته على غيره أولا إبراء له ولا يصدق في قوله أخاف أنه يتم علي؛ لأنه كمن أبرأ رجلا من حق ثم

الحديث ....

1717 *- في المطبوع إن عفى عنه وما بين المعقوفين من يحيى465 وسيد37 ومايابى194.

1718 *- في يحيى465 وسيد37 ومايابى194 وم88 ويم125 وجوب ضربه.

1719 - في المطبوع ومايابى194 لم يتهم ويحيى ص122 ويم ص105 وم ص88 وما بين المعقوفين من ن عدود ص269.

1720 *- في المطبوع أو جزأها وما بين المعقوفين من يحيى465 وم88 ومايابى194.

1721 - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من سيد37 وم88.

نص خليل ....

متن الحطاب قام يطلبه، وقال إنما أبرأته لوجه كذا، ولأنه لا عذر له في التدمية على بريء لم يحق عليه لخوفه على نفسه، فلما أقر على نفسه أنه دمي أولا على بريء اتهمناه في أنه دمى ثانيا على [بريء،[1722]] وإذا بطلت التدمية صار المدعى عليه في حكم من قويت عليه التهمة بالدم ولم يوجد عليه بينة فوجب أن يطال سجنه، وقد حكى عن مالك أن الرجل كان يحبس في اللطخ والشبهة حتى إن أهله ليتمنون له الموت من طول سجنه، وإن طال سجنه الدهر الطويل ولم يظهر براءة استحلف خمسين يمينا وخلي سبيله. والله سائله وحسيبه. انتهى.

فرع: قال ابن رشد أيضا في نوازله: دمي رجل على رجل بجرح، ودمي أخو المدمى عليه على المدمي الأول وقريب له؛ بأن القريب أمسكه وصار يقول [الآخر[1723]] اضرب اقتل فمات المدمي الثاني، فأراد أخو المدمى عليه أولا أن يقوم بدم أخيه فهل يقتل المدمى عليه مع قريبه بالقسامة قبل أن تبرأ جراحه التي دمي بها، أو يؤخر جراحه ويسجن؟ فأجاب لا يقتل المدمى عليه حتى تبرأ جراحه التي دمى بها؛ لأن في قتله إبطال ما وجب لأوليائه من القسامة على قاتله، والواجب في ذلك أن يسجن الثلاثة المدمى عليهم، فإن صح المدمى الأول من جراحه أقسم أخو الميت عليه [وعلى قريبه وقتلوهما جميعا بالقسامة؛ لأن هذا مما يقتل فيه الإثنان بالقسامة، وإن مات المُدَمِّي الأول من جراحه اقسم أخو الميت الأول مع أحد من بني عمه على قريب المُدَمِّي الأول[1724]] وقتلوه، [ثم يقسم أولياء المدمى الأول على أخي الميت الأول وقتلوه[1725]] بقسامتهم. انتهى. وما ذكره من قتل اثنين بالقسامة غريب، ونقله عنه البرزلي.

ونقل [عن[1726]] ابن الحاج في ذلك ثلاثة أقوال، ونصه: ابن الحاج فيمن دمى على رجلين فذكر أن أحدهما أمسكه والآخر قتله فيكون بمثابة ما لو [دمى[1727]] على رجلين فتكون القسامة، وتدخل الثلاثة الأقوال أن تقسم الولاة على واحد، والقولان [المشهوران،[1728]] ومنه الحديث في رجل أمسك رجلا وقتله آخر فقال: {اقتلوا القاتل [واصبروا الصابر[1729]][1]} بمعنى احبسوا الذي حبسه للموت حتى يموت./ 272

قلت: تقدم لابن رشد أن هذه المسألة مما يقتل فيها اثنان بالقسامة الواحدة ويشير بذلك للمسألة المتقدمة. ثم قال: وفي الوثائق المجموعة: ولو قال المجروح جرحني فلان جرح كذا [و[1730]] خنقني

الحديث 1- النهاية في غريب الحديث والأثر، ج3 ص8 - كنز العمال، رقم الحديث39839.

1722 - في المطبوع برء (ويم ص105 برء) وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص122 وم ص88 ومايابى194.

1723 *- كذا في النسخ ولعلها للآخر كما يفهم من فتاوي ابن رشد والبرزلي.

1724 - في المطبوع مع أحد من بني عمه على قريب المدمى الأول وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 ويم ص105 وم ص88 ومايابى195.

1725 - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايابى195.

1726 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من سيد37 ويحيى466 ومايابى195.

1727 *- في المطبوع أدمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص271.

1728 - في المطبوع مشهوران وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايابى195.

1729 - في المطبوع واحيوا الضاري وما بين المعقوفين من نوازل البرزلي، ج6 ص83.

1730 - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 ويحيى ص123 وم ص88 ويم ص105 ومايابى195.

نص خليل

أَوْ رَآهُ يَتَشَحَّطُ فِي دَمِهِ وَالْمُتَّهَمُ قُرْبَهُ وَعَلَيْهِ آثَارُهُ وَوَجَبَتْ وَإِنْ تَعَدَّدَ اللَّوْثُ وَلَيْسَ مِنْهُ وُجُودُهُ بِقَرْيَةِ قَوْمٍ أَوْ دَارِهِمْ وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ قَتَلَ وَدَخَلَ فِي جَمَاعَةٍ اسْتُحْلِفَ كُلٌّ خَمْسِينَ وَالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ أَوْ عَلَى مَنْ نُكِلَ بِلاَ قَسَامَةٍ وَإِنِ انْفَصَلَتْ بُغَاةٌ عَنْ قَتْلَى وَلَمْ يُعْلَمِ الْقَاتِلُ فَهَلْ لاَ قَسَامَةَ وَلاَ قَوَدَ مُطْلَقًا أَوْ إِنْ تَجَرَّدَ عَنْ تَدْمِيَةٍ وَشَاهِدٍ أَوْ عَنِ الشَّاهِدِ فَقَطْ تَأْوِيلاَتٌ وَإِنْ تَأَوَّلُوا فَهَدَرٌ كَزَاحِفَةٍ عَلَى دَافِعَةٍ وَهِيَ خَمْسُونَ يَمِينًا مُتَوَالِيَةً.

متن الحطاب

فلان أو ركضني أو ضربني بالعصا، ومن فعلهم أموت ولم يسم أيهم [بلغ[1731]] مقاتله فإنه ينظر في ذلك إلى من أثخنه جرحه فيقسم عليه الأولياء، فإن كانوا اثنين أو أكثر وقد بلغت جراحهم مقاتله تخير واحد يقسمون عليه منهم، ولم يكن لهم أن يقسموا إلا على واحد ويقتلوه ثم يضرب الآخرون مائة مائة ويسجنون عاما.

قلت: يحتمل أن يكون هذا خلافا لما تقدم لابن رشد في الماسك والقاتل، ويحتمل الوفاق لأن هنا اجتمعوا[1732] على قتله مباشرة بخلاف الماسك فإنه سبب لقتله لا أنه ضربه. انتهى كلام البرزلي.

فرع: إذا ثبتت التدمية بشهادة رجلين لكن لم يعاينا الجرح الذي في المدمى وثبت بشهادة غيرهم أنه كان مجروحا جاز ذلك. قاله ابن رشد في نوازله في أثناء المسألة المذكورة فوقه.

فرع: يفهم من المسألة المذكورة أن المدمى عليه يحبس وإن كان مجروحا فتأمله. والله أعلم.

ص: **أو يراه يتشحط في دمه** ش: فاعل يرى ضمير يعود على العدل، والمعنى أن من اللوث أن يشهد العدل على أنه رأى المجروح يتشحط في دمه. قال في التوضيح: واشتراط المصنف -يعني ابن الحاجب- العدل [هنا[1733]] ظاهر، ولم أر من صرح بذلك. انتهى.

قلت: صرح به القاضي عبد الوهاب في المعونة. والله أعلم.

ص: **وليس منه [وجوده[1734]] بقرية قوم أو دارهم** ش: نحوه في كتاب الديات من المدونة، وقال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: "وكالعدل يرى المقتول يتشحط في دمه"، وليس موت الرجل عندنا في المزاحمة لوثا يوجب القسامة، بل هو هدر خلافا للشافعي في قوله تجب فيه القسامة/ وتجب الدية. انتهى.

273

ص: **وهي خمسون يمينا متوالية** ش: قال ابن رشد في نوازله في كيفية قسامة قام بها [أبو[1735]] المقتول وأخوه بأن يقسما خمسين يمينا [تردد[1736]] عليهما يمينا يمينا أنه هو الذي قتله، يقول الأب

الحديث

....

[1731] - في المطبوع أبلغ ويحيى ص123 وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 وم ص88 ويم ص105 ومايابى195.

[1732] *- في فتاوى البرزلي ج6 ص83 لان هذا اجتمعوا.

[1733] - في المطبوع هذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص272 ويحيى ص123 وم ص89 ويم ص105 ومايابى195.

[1734] - في المطبوع ومايابى195 وجود ويحيى ص123 وم ص89 وما بين المعقوفين من ن عدود ص271 ويم ص105.

[1735] - ساقط من المطبوع (ويم ص105 أبو القاسم وأخوه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 ويحيى ص123 وم ص89 ومايابى195.

[1736] - - في المطبوع (ويحيى ص123 ترددت) وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 وم ص89 ويم ص105 ومايابى195.

نص خليل

بَتًّا وَإِنْ أعمَى أَوْ غَائِبًا يَحْلِفُهَا فِي الْخَطَإ مَنْ يَرِثُ الْمَقْتُولَ وَإِنْ وَاحِدًا أو امْرَأَةً وَجُبِرَتِ الْيَمِينُ عَلَى أَكْبَرِ كَسْرِهَا وَإِلاَّ فَعَلَى الْجَمِيعِ وَلاَ يَأْخُذُ أَحَدٌ إلاَّ بَعْدَهَا ثم حَلَفَ مَنْ حَضَرَ حِصَّتَهُ وَإِن نَّكَلُوا أَوْ بَعْضٌ حَلَفَتِ الْعَاقِلَةُ فَمَنْ نَكَلَ فَحِصَّتُهُ عَلَى الأَظْهَرِ.

متن الحطاب

في يمينه [بمقطع[1737]] الحق قائما مستقبل القبلة إثر صلاة العصر من يوم الجمعة على ما مضى عليه عمل القضاة بالله الذي لا إله إلا هو عالم الغيب والشهادة لقد قتل هذا، ويشير إلى القاتل [ابني فلانا[1738]] بالجرح الذي أصابه به ومات منه على سبيل العمد بغير حق، وكذلك يقسم الأخ إلا أنه يقول لقد قتل أخي، فإذا [استكملا[1739]] خمسين يمينا على هذه الصفة أسلم برمته إليهما فاستقادا منه بالسيف قتلا مجهزا على ما أحكمه الشرع في القصاص في القتل.انتهى. قال البرزلي: وسئل أصبغ بن محمد هل يزيد ولي الدم في يمينه، وأن ما شهد به الشهود من قول المدمى حق أم لا؟ فأجاب لا يلزم ولي الدم أن يزيد في يمينه إحقاق ما شهد به الشهود من قول المدمى ولا علمت أحدا من أهل المذهب قاله.

ص: بتا ش: ويعتمدون على ظن قوي كما تقدم في باب الشهادات. والله أعلم.

ص: وإن أعمى أو غائبا ش: يريد أو صغيرا ويحلف إذا بلغ ويأخذ حصته كما ذكره ابن عرفة عن الموازية.

ص: أو امرأة ش: كما لو خلف بنتا واحدة. قال في المدونة: فإن لم يدع إلا بنتا بغير عصبة حلفت خمسين يمينا فأخذت نصف الدية. أبو الحسن: وسكت عن النصف الباقي. قال الباجي: ويسقط الباقي، وتقدم مثله لابن رشد عند قوله: وإذا قال المقتول دمي عند فلان. انتهى. ونص الذي تقدم قال ابن رشد: ولو كان للمقتول وارث معلوم مع جماعة المسلمين مثل الزوجة والزوج يحلف الوارث المعلوم خمسين يمينا واستحق حقه من الدية وبطل الباقي [منها.[1740]] انتهى من سماع يحيى من كتاب الديات الثاني.انتهى كلام الشيخ أبي الحسن. وفي الذخيرة: المقسم في الخطأ جميع المكلفين من الورثة رجالا أو نساء يحلفون بقدر مواريثهم، ومن لا وارث له فلا قسامة له لتعذر قسم بيت المال، ولا يقسم [إلا ولى نسب[1741]] أو ولاء، ولا يقسم من القبيلة إلا من التقى معه إلى نسب ثابت، ولا يقسم المولى الأسفل بل ترد الأيمان على المدعى عليهم. انتهى.

ص: وإن نكلوا أو بعض حلفت العاقلة ش: أي فيحلف كل واحد منهم يمينا واحدة، وقد تقدم أن حد العاقلة سبعمائة أو الزيادة على الألف، وظاهر كلامه أنه إذا نكل بعض الورثة سقطت الدية جميعها وحلفت العاقلة وليس كذلك، بل المراد أنه إذا نكل بعض الورثة فإن العاقلة تحلف ويسقط

الحديث ....

[1737] *- في المطبوع بمنقطع والمثبت من يحيى466 ومايابى195 وم89 ويم126.

[1738] *- في المطبوع ابنه وما بين المعقوفين من م89 ومايابى195 ويحيى465 ويم126 وسيد37.

[1739] – في المطبوع استكمل وما بين المعقوفين من م89 ومايابى195 ويحيى465 ويم126 وسيد37.

[1740] – في المطبوع ومايابى196 منهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 ويحيى ص123 وم ص89 ويم ص105.

[1741] – في المطبوع الأول لسبب وما بين المعقوفين من ن عدود ص273 ويحيى ص123 وم ص89 ويم ص105 ومايابى196 (الأولى بنسب).

نص خليل

وَلاَ يَحْلِفُ فِي الْعَمْدِ أَقَلُّ مِنْ رَجُلَيْن عَصَبَةً وَإلاَّ فَمَوَالِي وَلِلْوَلِي الاِسْتِعَانَةُ بِعَاصِبِهِ وِلِلْوَلِيِّ فَقَطْ حَلِفُ الأَكْثَر إن لَّمْ يَزِدْ عَلَى نِصْفِهَا وَوُزِّعَتْ وَاجْتُزِئَ بِاثْنَيْن طَاعَا مِنْ أَكْثَرَ وَنُكُولُ الْمُعِين غَيْرُ مُعْتَبَر بِخِلاَفِ غَيْرِهِ وَلَوْ بَعُدُوا فَتُرَدُّ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِم فَيَحْلِفُ كُلٌّ خَمْسِينَ وَمَن نَّكَلَ حُبِسَ حَتَّى يَحْلِفَ وَلاَ اسْتِعَانَةَ وَإِنْ أَكْذَبَ بَعْضٌ نَفْسَهُ بَطَلَ بِخِلاَفِ عَفْوِهِ فَلِلْبَاقِي نَصِيبُهُ مِنَ الدِّيَةِ وَلاَ يُنْتَظَرُ صَغِيرٌ بِخِلاَفِ الْمُغْمَى عَلَيْهِ وَالْمُبَرْسَمِ إلاَّ أَنْ لاَ يُوجَدَ غَيْرُهُ فَيَحْلِفُ الْكَبِيرُ حِصَّتَهُ وَالصَّغِيرُ مَعَهُ وَوَجَبَ بِهَا الدِّيَةُ فِي الْخَطَإِ وَالْقَوَدُ فِي الْعَمْدِ مِنْ وَاحِدٍ تَعَيَّنَ لَهَا.

متن الحطاب

حصة الناكل فقط كما صرح بذلك ابن رشد في سماع عيسى من كتاب الديات، وصرح به ابن الحاجب، وصرح به الشارح في شرح قول المصنف: "ولا يأخذ أحد إلا بعدها" والله أعلم.

ص: **ولا يحلف في العمد أقل من رجلين** ش: أي فلا يحلف النساء وحكى ابن الفاكهاني قولا بأن النساء يحلفن. قال القلشاني: ولم أقف عليه، وأصل المذهب أنه لا مدخل للنساء في القسامة في العمد.انتهى بالمعنى من الشيخ زروق./ 274

ص: **عصبة وإلا فموال** ش: عصبة من النسب، فإن لم يكن عصبة نسب فيحلف الموالي الأعلون لأنهم عصبة، ولا يحلف الموالي الأسفلون. نقله ابن عرفة عن سماع يحيى.

ص: **وللولي الاستعانة بعاصبه** ش: أي وللولي إذا كان واحدا أن يستعين بعاصبه، وكذلك لو تعدد الولي كما ذكره في التوضيح عن ابن رشد، لكن كلام المصنف إنما هو في الواحد بدليل قوله: إن لم يزد على نصفها فتأمله. والمراد عاصبه الذي يجتمع معه في أب معروف، ولا يكتفي في ذلك بأن يكون معروفا أنه من القبيلة الفلانية كما نقله ابن عرفة عن سماع يحيى.

ص: **بخلاف غيره ولو بعدوا** ش: أي بخلاف نكول غير المعين فإن نكوله معتبر والمعنى أنه إذا كان ولاة الدم في [القعدد[1742]] سواء كالأولاد أو الإخوة أو الأعمام ولم يكن [فيهم[1743]] أقرب بحيث يكون [غير الأقرب[1744]] معينا، فإن نكول أحدهم مسقط للقود، أما إذا كانوا أولادا وإخوة فباتفاق، واختلف في غيرهم كالأعمام وبنيهم ومن هو أبعد، والمشهور سقوط القود أيضا، والشاذ أنه لا يسقط إلا باجتماعهم. كذا قرر المسألة في التوضيح وكلام الشارح مشكل. فتأمله./ 275

ص: **ولا استعانة** ش: قال ابن غازي: إنما عزاه في المقدمات لمطرف فقال ابن عرفة ذكره ابن حارث رواية لمطرف وأبو محمد قولا له ورواية، وإنما اقتصر عليه المصنف لأن ابن عبد السلام عزاه للمدونة، واستظهره وإلا فقول ابن القاسم في المجموعة أن الأيمان ترد عليهم ويحلف معهم المتهم، وهو الذي حمل أبو الحسن الصغير المدونة عليه، وهو ظاهر الرسالة، وعليه درج ابن الحاجب، وهذا كله في التوضيح. [اهـ[1745]]

الحديث

....

[1742] – في المطبوع التعدد وم ص89 (ويم ص106 ولاه الذي في القود) وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ويحيى ص124 ومايابى196.

[1743] – في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 ومايابى196.

[1744] – في المطبوع ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 الأقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص274 ومايابى196.

[1745] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص275 ويحيى ص124 وم ص89 ويم ص106 ومايابى196.

نص خليل
وَمَنْ أَقَامَ شَاهِدًا عَلَى جَرْحٍ أَوْ قَتْلِ كَافِرٍ أَوْ عَبْدٍ أَوْ جَنِينٍ حَلَفَ وَاحِدَةً وَأَخَذَ الدِّيَةَ وَإِن نَّكَلَ بَرِئَ الْجَارِحُ إِنْ حَلَفَ وَإِلاَّ حُبِسَ.

متن الحطاب

قلت: كأنه لم يقف على كلام ابن رشد في أول رسم من سماع عيسى، ونصه: الثالث أن المدعى عليه يحلف وحده ولا يكون له أن يستعين بأحد من ولاته، وهو قول مطرف في الواضحة، وهو ظاهر ما في رسم أول عبد من سماع يحيى وما في المدونة من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، وهذا القول أظهر الأقوال من جهة القياس؛ لأن المدعى عليه حقيقة هو الذي يدعى عليه القتل ويطلب منه القصاص، ويتعلق به حكم النكول فوجب أن يكون هو الذي يحلف، وللقولين الآخرين حظ وافر من النظر، وهو أنه لما كانت الدية تقع فيها الحمية والعصبية صارت عصبة المقتول هم الطالبون بدم المقتول بحق التعصيب لا بحق الوراثة. انتهى. فقد استظهره ابن رشد، وقال إنه ظاهر ما في المدونة. والله أعلم.

ص: **ومن أقام شاهدا على جرح أو قتل كافر أو عبد أو جنين حلف واحدة وأخذ الدية** ش: أجمل المصنف رحمه الله في قوله: "وأخذ الدية" أما مسألة الجرح فقال في المدونة: لا قسامة في الجراح، لكن من أقام/ شاهدا عدلا على جرح عمد أو خطإ فليحلف معه يمينا واحدة ويقتص في العمد ويأخذ العقل في الخطإ، قيل لابن القاسم: لم قال مالك ذلك في جراح العمد وليست بمال؟ فقال كلمت مالكا في ذلك فقال إنه لشيء استحسناه ما سمعت فيه شيئا، هذا لفظها على اختصار ابن عرفة، ونحوه لابن الحاجب. ثم قال: فإن نكل من قام بالشاهد حلف الجارح، فإن نكل قال ابن القاسم حبس حتى يحلف، وأما مسألة الكافر فقال في المدونة في نصراني قام على قتله شاهد واحد عدل مسلم يحلف ولاته يمينا واحدة ويستحقون الدية على قاتله مسلما كان أو نصرانيا. هذا لفظها أيضا باختصار ابن عرفة، وانظر هل يحلف كل واحد من ولاته يمينا أو تجزئهم يمين واحدة، والظاهر من كلام المدونة المذكور أنه يحلف كل واحد من ولاته يمينا واحدة، وأما مسألة العبد فكذلك يحلف سيده يمينا واحدة ويأخذ قيمة عبده، سواء كان قاتله حرا أو عبدا.

276

فرع: فإن أقام شاهدا أن عبد فلان قتل عبده حلف معه، وخير سيد القاتل بين أن يغرم قيمة المقتول أو يسلم عبده، فإن أسلمه لم يقتل لأنه لا يقتل؛ القاتل بشاهد واحد. قاله في المدونة، ونقله ابن عرفة، وانظر هل يضرب القاتل مائة ويحبس عاما؟ وأما مسألة الجنين فإنه يحلف كل واحد من ورثته يمينا واحدة. قاله في المدونة، ونقله ابن عرفة، ونصه: وفيها إن ضربت امرأة فألقت جنينا ميتا وقالت دمي عند فلان ففي المرأة القسامة ولا شيء في الجنين إلا ببينة [تثبت[1746]] كأنه جرح من جراحها ولا قسامة في الجرح، ولا يثبت إلا ببينة أو شاهد عدل فتحلف ولاته معه يمينا واحدة ويستحقون ديته. الصقلي: يريد يحلف كل واحد ممن يرث الغرة يمينا أنه قتله، وفيها: إن قالت دمي عند فلان فخرج جنينها حيا فاستهل صارخا ثم مات ففي الأم القسامة، ولا قسامة في الولد لأنها لو قالت قتلني وقتل فلانا معي لم يكن في فلان قسامة.انتهى. بخلاف ما إذا ثبت موتها وخروج الولد بشاهد

الحديث
....

[1746] *- في المطبوع ثبتت وما بين المعقوفين من م89 وسيد37 ومايابى197 ويم127.

نص خليل

فَلَوْ قَالَتْ دَمِي وَجَنِينِي عِنْدَ فُلاَن فَفِيهَا الْقَسَامَةُ وَلاَ شَيْءَ فِي الْجَنِينِ وَلَو اسْتَهَلَّ.
بَاب الْبَاغِيَةُ فِرْقَةٌ خَالَفَتِ الإِمَامَ لِمَنْعِ حَقٍّ أَوْ لِخَلْعِهِ فَلِلْعَدْلِ قِتَالُهُمْ وَإِنْ تَأَوَّلُوا كَالْكُفَّارِ وَلاَ يُسْتَرَقُّوا وَلاَ يُحْرَقُ شَجَرُهُمْ وَلاَ تُرْفَعُ رُؤُوسُهُمْ بِأَرْمَاحٍ وَلاَ يَدْعُوهُمْ بِمَالٍ وَاسْتُعِينَ بِمَالِهِمْ عَلَيْهِمْ إِن احْتِيجَ لَهُ ثُمَّ رُدَّ كَغَيْرِهِ وَإِنْ أُمِنُوا لَمْ يُتَّبَعْ مُنْهَزِمُهُمْ وَلَمْ يُذَفَّفْ عَلَى جَرِيحِهِمْ.

متن الحطاب

واحد فإن ورثته يحلفون معه يمينا ويستحقون الغرة، وإن استهل صارخا ففيه القسامة؛ لأن الشاهد لوث، وقول المرأة ليس لوثا في حق ولدها. والله أعلم.

ص: **فلو قالت دمي وجنيني** ش: ليس في هذه الصورة إلا قول المرأة فقط فليست بمعارضة لما تقدم فتأمله. والله أعلم.

باب الباغية:

ص: **الباغية فرقة خالفت الإمام لمنع حق أو لخلعه** ش: لما فرغ رحمه الله من الكلام على القتل والجرح اللذين يكون عنهما إذهاب النفس الذي هو من أعظم الذنوب في حق الآدميين اتبع ذلك

277 بالكلام على الجنايات التي توجب سفك الدماء أو ما/ دونه من العقوبات، والجناية [هي[1747]] ما يحدثه الرجل على نفسه أو غيره مما يضر حالا أو مآلا، والجنايات الموجبة للعقوبات سبع البغي والردة والزنا والقذف والسرقة والحرابة والشرب، وبدأ المصنف بالبغي لأنه أعظمها مفسدة؛ إذ فيه

278 إذهاب الأنفس والأموال غالبا فقال: باب؛ أي هذا باب اذكر/ فيه أحكام البغي، والبغي في اللغة قال الجوهري: هو التعدي، وقال ابن العربي في أحكام القرآن إن مادة ب غ ى للطلب، إلا أنه في العرف مقصور على طلب خاص؛ وهو ابتغاء ما لا ينبغي ابتغاؤه. انتهى. وفي الاصطلاح قال ابن عرفة: البغي هو الامتناع من طاعة من ثبتت إمامته في غير معصية بمغالبة ولو تأولا. انتهى. وعرفها المؤلف بقوله: الباغية أي الفئة الباغية هي فرقة من المسلمين خالفت الإمام لشيئين إما لمنع حق وجب عليها من زكاة أو حكم من أحكام الشريعة أو الدخول في طاعته، فإنه حق، أو خالفته لخلعه. قال ابن عبد السلام: والمراد بالإمام هنا الإمام الأعظم أو نائبه. انتهى.

وقال في التوضيح: فخرج الخروج عن طاعة غير الإمام فإنه لا يسمى بغيا. اهـ. يريد أو نائبه، وعلم [أنها[1748]] لو خرجت لا لمنع حق بل لمنع ظلم كأمره بمعصية ليست بباغية كما يفهم من كلام ابن عرفة، وزاد ابن عرفة وابن الحاجب قيدا آخر وهو كون الخروج مغالبة، ولا بد منه. قال ابن عبد السلام ولفظة مغالبة كالفصل أو كالخاصة؛ لأن من عصى الإمام لا على سبيل المغالبة لا يكون من البغاة. انتهى. ونحوه في التوضيح، ونصه: [وأخرج[1749]] الخروج عن طاعة الإمام من غير مغالبة فإن ذلك لا يسمى بغيا. اهـ. وكأنهم يعنون بالمغالبة المقاتلة، فمن خرج عن طاعة الإمام من غير مغالبة لا يكون باغيا، ومثال ذلك ما وقع لبعض الصحابة رضي الله عنهم وحشرنا في زمرتهم وأماتنا على محبتهم وسنتهم أنه مكث أشهرا لم يبايع الخليفة ثم بايعه رضي الله عنهم أجمعين، ولابن عرفة في

الحديث

....

1747 *- في المطبوع هو وما بين المعقوفين من يحيى467 وسيد37 ويم127.

1748 *- في المطبوع أنه وما بين المعقوفين من م90 ويحيى467 ويم127 وسيد38 ومايابى198.

1749 *- في المطبوع وإخراج يحيى467 وم90 ويم127 وميابى198 وفي التوضيح ص558 ج3 اخرج.

نص خليل وَكُرِهَ لِلرَّجُلِ قَتْلُ أَبِيهِ وَوَرِثَهُ وَلَمْ يَضْمَن مُتَأَوِّلٌ أَتْلَفَ نَفْسًا أَوْ مَالاً وَمَضَى حُكْمُ قَاضِيهِ وَحَدٌّ أَقَامَهُ وَرُدَّ ذِمِّيٌّ مَّعَهُ لِذِمَّتِهِ وَضَمِنَ الْمُعَانِدُ النَّفْسَ وَالْمَالَ وَالذِّمِّيُّ مَعَهُ نَاقِضٌ وَالْمَرْأَةُ الْمُقَاتِلَةُ كَالرَّجُلِ.

متن الحطاب آخر الجهاد كلام حسن في قتال أهل العصبية وقتل الخوارج، وكذا للشيخ أبي الحسن الصغير كلام حسن في الجهاد. والله أعلم.

فائدة: قال القرطبي في شرح مسلم: البيعة مأخوذة من البيع، وذلك أن المبايع للإمام يلزمه أن يقيه بنفسه وماله فكأنه بذل نفسه وماله لله تعالى، وقد وعد الله تعالى على ذلك بالجنة فكأنه حصلت معاوضة، ثم هي واجبة على كل مسلم؛ لقوله صلى الله عليه وسلم: {من مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية[1] }/ غير أنه من كان من أهل الحل والعقد والشهرة فبيعته بالقول والمباشرة باليد إن كان حاضرا، وبالقول والإشهاد عليه إن كان غائبا، ويكفي من لا يؤبه له ولا يعرف أن يعتقد دخوله تحت طاعة الإمام ويسمع ويطيع له في السر والجهر ولا يعتقد خلافا لذلك، فإن أضمره فمات مات ميتة جاهلية لأنه لم يجعل في عنقه بيعة. انتهى.

279

وقال قبله بنحو الورقة في شرح قوله صلى الله عليه وسلم: {إنما الطاعة في المعروف[2]}: إنما للحصر، ويعني به ما ليس بمنكر ولا معصية، فيدخل فيه الطاعة الواجبة والمندوب إليها والأمور الجائزة شرعا، فلو أمر بجائز صارت طاعته فيه واجبة ولما حلت مخالفته، فلو أمر بما زجر الشرع عنه زجر تنزيه لا تحريم فهذا مشكل، والأظهر جواز المخالفة تمسكا بقوله: إنما الطاعة في المعروف، وهذا ليس بمعروف إلا أن يخاف على نفسه منه فله أن [يمتثل.[1750]] انتهى. وتقدم في الاستسقاء شيء من هذا المعنى.

ص: وكره لرجل قتل أبيه ش: هذا هو المشهور، وروى جوازه ابن عبد السلام، وهذا الخلاف مقصور على الأب ولا يتعداه إلى الجد، وقد تقدم في غير هذا الموضع اختلاف الطرطوشي وعياض في الجد هل يتنزل منزلة الأب في وجوب البر؟ انتهى.

الحديث

1 – مسلم في صحيحه، كتاب الامارة، رقم الحديث 1851، لفظه من خلع يدا من طاعة لقي الله يوم القيامة لا حجة له ومن مات وليس في عنقه بيعة مات ميتة جاهلية، ط دار إحياء التراث العربي.

2 – عن علي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم بعث جيشا وأمر عليهم رجلا فأوقد نارا وقال ادخلوها فأراد ناس أن يدخلوها وقال الاخرون إنا قد فررنا منها فذكر ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال للذين أرادوا ان يدخلوها لو دخلتموها لم تزالوا فيها إلى يوم القيامة وقال للآخرين قولا حسنا وقال لا طاعة في معصية الله إنما الطاعة في المعروف، مسلم في صحيحه، كتاب الامارة، رقم الحديث 1840، ط دار إحياء التراث العربي.

– عن علي رضي الله عنه قال بعث النبي صلى الله عليه وسلم سرية وأمر عليهم رجلا من الأنصار وأمرهم أن يطيعوه فغضب عليهم وقال أليس قد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تطيعوني قالوا بلى قال قد عزمت عليكم لما جمعتم حطبا وأوقدتم نارا ثم دخلتم فيها فجمعوا حطبا فأوقدوا نارا فلما هموا بالدخول فقام ينظر بعضهم إلى بعض فقال بعضهم إنما تبعنا النبي صلى الله عليه وسلم فرارا من النار أفندخلها فبينما هم كذلك إذ خمدت النار وسكن غضبه فذكر للنبي صلى الله عليه وسلم فقال لو دخلوها ما خرجوا منها أبدا إنما الطاعة في المعروف، البخاري في صحيحه، كتاب الاحكام، رقم الحديث 7145، ط دار الفجر 2005.

[1750] – في المطبوع يقتتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص279 ويحيى ص125 وم ص90 ويم ص107 ومايابى198.

نص خليل

باب [الرِّدَّة[1751] س] كُفْرُ الْمُسْلِمِ بِصَرِيحٍ أَوْ لَفْظٍ يَقْتَضِيهِ أَوْ فِعْلٍ يَتَضَمَّنُهُ كَإِلْقَاءِ مُصْحَفٍ بِقَذَرٍ وَشَدِّ زُنَّارٍ [وَسِحْرٍ[1752] س] وَقَوْلٍ بِقِدَمِ الْعَالَمِ أَوْ بَقَائِهِ أَوْ شَكٍّ فِي ذَلِكَ أَوْ بِتَنَاسُخِ الْأَرْوَاحِ أَوْ فِي كُلِّ جِنْسٍ نَذِيرٌ أَوْ ادَّعَى شِرْكًا مَعَ نُبُوَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلَاةُ وَالسَّلَامُ أَوْ بِمُحَارَبَةِ نَبِيٍّ أَوْ جَوَّزَ اكْتِسَابَ النُّبُوَّةِ.

متن الحطاب

باب في الردة:

ص: الردة كفر المسلم ش: نسأل الله تعالى العصمة منها ومن سائر الكبائر وأن [يتوفانا[1753]] مسلمين، واحترز بقوله: "كفر المسلم" مما إذا انتقل الكافر من دينه إلى دين آخر فإن المشهور أنه لا يتعرض له كما سيصرح بذلك المصنف، وهو قول مالك، وقيل إنه يقتل إلا أن يسلم قاله الشارح، وأظنه لابن الماجشون. اهـ.

قلت: وقال في الشفاء: اختلف العلماء في الذي يتزندق فقال مالك ومطرف وابن عبد الحكم وأصبغ لا يقتل لأنه خرج من كفر إلى كفر، وقال ابن الماجشون يقتل؛ لأنه دين لا يقر عليه أحد ولا تؤخذ عليه جزية.

ص: وسحر ش: ظاهر كلامه أن السحر ردة، وأنه يستتاب الساحر إذا أظهر ذلك، فإن تاب وإلا قتل، والقول الراجح فيه أن حكمه حكم الزنديق يقتل، ولا تقبل توبته إلا أن يجيء/ تائبا بنفسه. انظر ابن الحاجب والتوضيح.

280

ص: وقول بقدم العالم أو ببقائه ش: قال في الشفاء: وكذلك يقطع بكفر من قال بقدم العالم أو ببقائه أو شك في ذلك. انتهى. فقول الشارح هذا على القول بتكفير هؤلاء، ولمالك وغيره فيهم قولان يوهم أن في كفر من قال بقدم العالم أو ببقائه خلافا وليس كذلك. والله أعلم.

ص: أو شك في ذلك ش: تقدم النص عليه في كلام الشفاء وقول الشارح إن هذا ليس من الأمور الثلاثة يعني قول المصنف: "بصريح أو لفظ يقتضيه أو فعل يتضمنه" وعليه فالحد الذي ذكره ليس بجامع لخروج هذا النوع منه غير ظاهر؛ لأن التلفظ بالشك في ذلك داخل في اللفظ الذي يقتضي الكفر، وأما الشك من غير أن يتلفظ بذلك فهو وإن كان كفرا لا شك فيه، لكنه لا يوجب الحكم بكفره ظاهرا إلا بعد التلفظ بذلك، كما أن اعتقاد الكفر من غير تلفظ به كفر، ولكن لا يحكم على صاحبه بالكفر إلا بعد التلفظ بما يقتضيه فتأمله. والله أعلم.

ص: أو بتناسخ الأرواح ش: أي انتقالها في الأشخاص الآدمية وغيرها، وأن تعذيبها وتنعيمها بحسب زكاتها وخبثها، فإذا كانت النفس شريرة أخرجت من قالبها التي هي فيه وألبست قالبا يناسب شرها من كلب أو خنزير أو سبع ونحو ذلك، فإن أخذت جزاء شرها بقيت في ذلك القالب تنتقل من فرد إلى فرد، وإن لم تأخذ [انتقلت[1754]] إلى قالب أشر منه، وكذلك حتى تستوفي جزاء

الحديث ....

1751 س – ابن عرفة هي كفر بعد اسلام تقرر بالنطق بالشهادتين مع التزام أحكامهما اهـ بن.

1752 س – ابن العربي السحر مولف يعظم به غير الله تعلى وتنسب إليه المقادير والكائنات بن.

1753 – في المطبوع يتوفنا وما بين المعقوفين من ن عدود ص279 ويحيى ص125 ومايابى198وم ص90 (ويم ص107 بتوفينا).

1754 – في المطبوع انقلبت و يحيى ص468 وم ص90 وما بين المعقوفين من ن عدود ص280 ويم ص107 ومايابى198.

نص خليل

أو ادَّعَى أَنَّهُ يَصْعَدُ لِلسَّمَاءِ أَوْ يُعَانِقُ الْحُورَ أو اسْتَحَلَّ كَالشُّرْبِ لاَ بِأَمَاتَهُ اللهُ كَافِرًا عَلَى الأَصَحِّ وَفُصِّلَتِ الشَّهَادَةُ فِيهِ وَاسْتُتِيبَ ثَلاَثَةَ أَيَّامٍ بِلاَ جُوعٍ وَعَطَش وَمُعَاقَبَةٍ وَإن لَّمْ يَتُبْ فَإِنْ تَابَ وَإِلاَّ قُتِلَ وَاسْتُبْرِئَتْ بِحَيْضَةٍ وَمَالُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ وَإِلاَّ فَفَيْءٌ وَبَقِيَ وَلَدُهُ مُسْلِمًا كَأَنْ تُرِكَ وَأُخِذَ مِنْهُ مَا جَنَى عَمْدًا عَلَى عَبْدٍ أَوْ ذِمِّيٍّ لاَ حُرٍّ مُسْلِمٍ كَأَنْ هَرَبَ لِدَارِ الْحَرْبِ إِلاَّ حَدَّ الْفِرْيَةِ وَالْخَطَأَ عَلَى بَيْتِ الْمَال كَأَخْذِهِ جِنَايَةً عَلَيْهِ وَإِنْ تَابَ فَمَالُهُ لَهُ وَقُدِّرَ كَالْمُسْلِمِ فِيهِمَا وَقُتِلَ الْمُسْتَسِرُّ بِلاَ اسْتِتَابَةٍ إِلاَّ أَنْ يَجِيءَ تَائِبًا.

متن الحطاب

الشر، وفي الخير تنتقل إلى أعلى، ولـذلك يعتقـدون أن لا خـير ولا شـر ولا جنـة ولا نـار نـسأل الله السلامة فأدى اعتقاد التناسخ إلى إنكار ما أجمع المسلمون عليه. والله أعلم.

ص: **أو ادعى أنه يصعد إلى السماء أو يعانق الحور** ش:

فرع: قال الأبي في شرح مسلم في كتاب الحج في شرح قول عمران بن حصين[1] ما نصه: كلام الملائكة مع غير الأنبياء يصح، وكان الشيخ ابن عبد السلام يحكي عن بعض الطلاب من شيوخ زمانـه أن مـن قال اليوم كلمتني الملائكة يستتاب، والحديث يرد عليه، والصواب أن ذلك يختلف بحسب حال مـن زعمه فإن كان متصفا بالصلاح تجوز عنه وإلا زجر عن قول ذلك بحسب ما يـراه الحـاكم، ومـن هـذا المعنى ما يتفق لبعضهم أن يقول قيل لي وخوطبت، وكان الشيخ أبـو عبـد الله -يعـني ابـن عرفـة- يشدد القول فيه وفي إنكاره على من زعمه. اهـ. وفي الشفاء: وكذلك مـن ادعـى مجالـسة الله والعـروج إليه ومكالمته؛ يعني أنه كافر بإجماع المسلمين. انتهى.

281 وقال ابن عبد السلام الشافعي في أماليـه:/ إذا قـال ولـي مـن أوليـاء الله تعـالى أنـا الله عـزر التعزيـر الشرعي، وهذا لا ينافي الولاية إذ الأولياء غير معصومين. انتهى.

قلت: وانظر ما مراده بالتعزير الشرعي هل هو الاستتابة أو غيرها؟ والظاهر أنـه الاستتابة؛ لأن هـذا القول فيه دعوى الألوهية أو حلول الباري سبحانه وتعالى فيه. فتأمله.

ص: **واستتيب ثلاثة أيام** ش: ظاهر كلامه أن تأخيره ثلاثة أيام واجب. هكذا قال في التوضيح إنـه ظاهر المذهب، وقال ابن العربي في أول كتاب التوسط في أصول الـدين: ألا تـرى أن المرتـد استحب العلماء له الإمهال لعله إنما ارتد لريب فيتربص به مدة لعله أن يراجع الشك باليقين والجهل بالعلم، ولا يجب ذلك لحصول العلم بالنظر الصحيح أولا. اهـ. وقال القاضي عبد الوهـاب في شـرح الرسـالة: وعرض التوبة واجب على الظاهر من المذهب إلا أنه إن قتله قاتل قبل استتابته فبئس مـا صـنع، ولا يكون فيه قود ولا دية. انتهى. وانظر نوازل سحنون من كتاب الديات.

ص: **فإن تاب وإلا قتل** ش: فإن تاب فلا عقوبة عليه. نص عليه في التوضيح وابـن عرفـة وصـاحب اللباب والذخيرة، وأصله في البيان في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين وفي أواخر القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون./ 282

مسألة: وفي عيون المجالس للقاضي عبد الوهاب إذا ارتد ثم تاب ثم ارتـد ثـم تـاب لم يعـزر في المـرة الأولى، ويجوز أن يعزر في المرة الثانية والثالثة والرابعة إذا رجع إلى الإسلام، ولست أعرفه منـصوصا، ولكن يجوز عندي، والفرق بين الأولى وغيرها أنه في الأولى يجوز أن يكون حصلت له شبهة فارتـد ثـم رجع بسبب زوالها، فإذا عاود الردة بعد زوال الشبهة ثم تاب ضرب لأنه لم يبق له شبهة، ولا يـزاد على التعزير ولا يحبس ولا يقتل. انتهى.

الحديث

1- عن مطرف قال قال لي عمران بن حصين أحدثك حديثا عسى الله أن ينفعك به إن رسول الله صلى الله عليه وسلم جمع بين حجة وعمرة ثم لم ينه عنه حتى مات ولم ينزل فيه قرآن يحرمه وقد كان يسلم علي حتى اكتويت فتركت ثم تركت الكي فعاد، مسلم في صحيحه، كتاب الحج ، رقم الحديث 1226، ط. دار إحياء التراث العربي.

نص خليل
وَمَالُهُ لِوَارِثِهِ وَقُبِلَ عُذْرُ مَنْ أَسْلَمَ وَقَالَ أَسْلَمْتُ عَنْ ضِيقٍ إنْ ظَهَرَ كَأَنْ تَوَضَّأَ وَصَلَّى وَأَعَادَ مَأْمُومُهُ وَأُدِّبَ مَنْ تَشَهَّدَ وَلَمْ يُوقَفْ عَلَى الدَّعَائِمِ كَسَاحِرٍ ذِمِّيٍّ إنْ لَمْ يُدْخِلْ ضَرَرًا عَلَى مُسْلِمٍ وَأَسْقَطَتْ صَلَاةً وَصِيَامًا وَزَكَاةً وَحَجًّا تَقَدَّمَ وَنَذْرًا وَكَفَّارَةً وَيَمِينًا بِاللَّهِ أَوْ بِعِتْقٍ أَوْ ظِهَارٍ وَإِحْصَانًا.

متن الحطاب

تنبيه: صرح في الشفاء بأن من سب النبي صلى الله عليه وسلم إذا قلنا إن ذلك ردة وأنه يستتاب فإنه إن تاب نكل، وكذلك من كانت ردته بسبب كلام ساقط في حق الباري أو سب له فإنه يؤدب، وقاله في الشفاء أيضا. والله أعلم.

ص: **وماله لوارثه** ش: يعني أن مال المرتد لوارثه وهذا إذا تاب، وأما إذا لم يتب فلا. قاله ابن بكير في أحكام القرآن، وانظر أواخر الشفاء وابن عرفة.

ص: **وأسقطت صلاة وصياما إلى قوله وإحصانا** ش: أي وأسقطت الردة عن المرتد صلاة وصياما وزكاة أي أبطلت الصلاة والصيام والزكاة التي تعلقت بالمرتد من حين تعلق ذلك به إلى حين رجوعه إلى الإسلام، سواء كان فعل ذلك أو لم يفعله، فإن كان فعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال ثوابه المرتب عليه وإن كان لم/ يفعل ذلك فالإسقاط بمعنى إبطال تعلقه بذمته، وسواء وجب ذلك قبل الردة أو أدركه وقت وجوبه وهو في حال الردة .

283

فرع: فلو صلى صلاة ثم ارتد في وقتها ثم رجع إلى الإسلام ووقتها باق بحيث يدرك منها ركعة لزمته. نقله أبو الحسن في كتاب النكاح الثالث، وأسقطت الردة حجا تقدم من المرتد في حال إسلامه، والإسقاط هنا بمعنى إبطال ثوابه، ويجب عليه استئناف الحج على المشهور؛ لأن وقته متسع إلى آخر العمر فيجب عليه بخطاب مبتدأ كما يجب عليه الصلاة والصيام والزكاة للأوقات المستقبلة. قاله أبو الحسن الصغير، وقيل لا يجب عليه استئناف الحج.

فرع: فلو ارتد وهو محرم بطل إحرامه. قاله في النوادر. فإن كان تطوعا لم يلزمه قضاؤه، وإن كان فرضا أو قد كان حج الفرض قبل ذلك فإنه لا بد له من استئناف حج الفريضة. انتهى.

تنبيه: يفهم من كلامه أنه لا يلزمه قضاء ما أفسده من الحج والعمرة قبل ردته؛ لأن ذلك قد بطل وسقط من ذمته فتأمله. والله أعلم. وأسقطت الردة عن المرتد نذرا نذره في حال إسلامه أو في حال ردته، وأسقطت الردة عن المرتد [يمينا[1755]] بالله حلفها في حال إسلامه أو في حال ردته أو يمينا بعتق، وظاهر كلام المصنف سواء كانت اليمين بعتق معين أو بعتق غير معين وهذا ظاهر المدونة، وقال ابن الكاتب وهذا في غير المعين، وأما المعين فيلزمه لأنه تعلق به حق إنسان معين قبل ردته فلا يسقط عنه كما يلزمه تدبيره.

قال ابن يونس: يظهر لي أن تدبيره كعتقه وطلاقه وذلك بخلاف أيمانه، ألا ترى أن النصراني يلزمه تدبيره إذا أسلم ولا يلزمه يمينه، وكذلك المرتد. قال أبو الحسن: فكان ابن يونس يقول سواء كانت يمينه بعتق عبد بعينه أو بغير عينه أنها تسقط، وقد تقدم الخلاف في ذلك. انتهى. يشير إلى ما نقله عياض، ونصه: اختلفوا في يمينه بالعتق التي أسقطها هل ذلك في غير المعين؟ وأما المعين فيلزم

الحديث
....

[1755] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص283 ويحيى ص126 وم ص91 ويم ص108 ومايابى200.

نص خليل وَوَصِيَّةً.

متن الحطاب كالمدبر، وقيل المعين وغيره سواء. اهـ. أو يمينا بظهار وكذا الظهار المجرد عن اليمين. قال أبو الحسن: يتحصل في الظهار المجرد واليمين بالظهار ثلاثة أقوال أحدها أن ذلك لا يسقط فيهما وهو عند محمد في اليمين بالظهار فأحرى في المجرد، والثاني أن ذلك يسقط فيهما، وهو الذي حكى عياض عن بعض الشيوخ، والثالث يلزم في المجرد ولا يلزم في اليمين، وهو الذي [اختصر عليه أبو محمد المدونة،[1756]] فإذا حنث في الظهار المجرد بالوطء وتخلدت الكفارة في ذمته [فحكمه[1757]] حكم المعلق بصفة أي فيسقط، وسبب الخلاف في الظهار هل النظر إلى ما فيه من التحريم فيشبه الطلاق، أو إلى ما فيه من الكفارة فلا يلحق بالطلاق؟. اهـ. وقال اللخمي: وليس الظهار كالطلاق؛ لأن الخطاب في الطلاق موجه إلى الزوجين، وفي الظهار يتوجه إلى الزوج خاصة. اهـ فتأمله. وظاهر الأم أن الظهار المجرد يسقط بالردة، ونصها: قال ابن القاسم والمرتد إذا ارتد وعليه أيمان بالعتق وعليه ظهار وعليه أيمان بالله قد حلف بها أن الردة تسقط ذلك عنه. اهـ.

فرع: وأما أيمانه بالطلاق فلم ينص ابن القاسم عليها في المدونة، لكن كلامه يقتضي أن مذهب ابن القاسم فيها السقوط؛ لأنه قال فيها: وإذا ارتد وعليه أيمان بالله أو بعتق أو ظهار فالردة تسقط ذلك عنه، وقال غيره لا تطرح ردته إحصانه في الإسلام ولا أيمانه بالطلاق. انتهى. وأسقطت الردة إحصانا تقدم من الزوجين في حال إسلامهما، فمن ارتد منهما زال إحصانه ولا يزول إحصان الآخر الذي لم يرتد كما يظهر من لفظ المدونة. قال في كتاب النكاح الثالث: والردة تزيل إحصان المرتد من الرجل أو المرأة [ويأتنفان[1758]] الإحصان إذا أحصنا، ومن زنى منهما بعد رجوعه إلى الإسلام وقبل تزوجه لم يرجم. اهـ.

فرع: قال المشذالي في حاشيته: قال ابن عرفة: لو ارتد قاصدا لإزالة الإحصان ثم أسلم فزنى فإنه يرجم معاملة له بنقيض مقصوده. انتهى. وانظر هل يحكم له بالإحصان الآن أو لا يكون محصنا؟

284 ولكن يعامل بنقيض مقصوده./ والله أعلم.

وقد ذكر في التوضيح أن من ارتد ليسقط عنه حد الزنا أنه لا يسقط. قاله ابن يونس، ونصه: سحنون: ولا تسقط الردة حد الزنا؛ لأنه لا يشاء من وجب عليه حد أن يسقط بالردة إلا أسقطه بالردة. ابن يونس: وظاهر هذا خلاف المدونة. قال: وإنما استحب إن علم منه أنه إنما ارتد ليسقط الحد قاصدا لذلك فإنه لا يسقط ذلك عنه، وإن ارتد [لغير[1759]] ذلك سقط عنه. انتهى.

ص: ووصية ش: أي وأسقطت الردة وصية صدرت من المرتد في حال ردته أو قبل ذلك بخلاف تدبيره فإنه لا يبطله سواء رجع إلى الإسلام أم قتل على ردته بل يخرج من ثلثه، وإن كان له أم ولد

الحديث ....

1756 *- في المطبوع اقتصر عليه أبو محمد في المدونة وما بين المعقوفين وفي سيد38 ومايابى201 وم91 الذي اختصر عليه أبو محمد المدونة ص283.

1757 *- في المطبوع حكمه يحيى469 وميابى201 وم91 وفي يم129 وحكمه.

1758 - في المطبوع وبانتفاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص283 ويحيى ص126 وم ص91 ويم ص108 ومايابى201.

1759 *- في المطبوع بغير وما بين المعقوفين من م91 ومايابى201 وسيد38 ويم129 ويحيى469.

نص خليل لاَ طَلاَقًا وَرِدَّةُ مُحَلِّلٍ بِخِلاَفِ رِدَّةِ الْمَرْأَةِ وَأَقِرَّ كَافِرٌ انْتَقَلَ لِكُفْرٍ آخَرَ وَحُكِمَ بِإِسْلاَمِ مَنْ لَمْ يُمَيِّزْ لِصِغَرٍ أَوْ جُنُونٍ بِإِسْلاَمِ أَبِيهِ فَقَطْ كَأَنْ مَيَّزَ إِلاَّ الْمُرَاهِقَ وَالْمَتْرُوكَ لَهَا فَلاَ يُجْبَرُ بِقَتْلٍ إِنْ امْتَنَعَ وَوُقِفَ إِرْثُهُ وَلِإِسْلاَمِ سَابِيهِ إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهُ أَبُوهُ وَالْمُتَنَصِّرُ مِنْ كَأَسِيرٍ عَلَى الطَّوْعِ إِن لَّمْ يَثْبُتْ إِكْرَاهُهُ وَإِنْ سَبَّ نَبِيًا أَوْ مَلَكًا أَوْ عَرَّضَ أَوْ لَعَنَهُ أَوْ عَابَهُ أَوْ قَذَفَهُ أَو اسْتَخَفَّ بِحَقِّهِ أَوْ غَيَّرَ صِفَتَهُ أَوْ أَلْحَقَ بِهِ نَقْصًا وَإِنْ فِي بَدَنِهِ أَوْ خَصْلَتِهِ أَوْ غَضَّ مِنْ مَرْتَبَتِهِ أَو وُفُورِ عِلْمِهِ أَوْ زُهْدِهِ أَوْ أَضَافَ لَهُ مَا لاَ يَجُوزُ عَلَيْهِ أَوْ نَسَبَ إِلَيْهِ مَا لاَ يَلِيقُ بِمَنْصِبِهِ عَلَى طَرِيقِ الذَّمِّ أَوْ قِيلَ لَهُ بِحَقِّ رَسُولِ اللهِ فَلَعَنَ وَقَالَ أَرَدْتُ الْعَقْرَبَ قُتِلَ وَلَمْ يُسْتَتَبْ حَدًّا.

متن الحطاب فتخرج من رأس ماله وما أعتقه أو أعطاه لغيره قبل ردته فإنه لا يبطل، وانظر ما حكم وقفه؟ والظاهر أنه لا يبطل قياسا على العتق. والله أعلم.

ص: **لا طلاقا** ش: هو معطوف على قوله صلاة ويريد إذا أوقع ذلك قبل الردة، والمعنى أن الردة لا تسقط ما تقدم من الطلاق. قاله في النوادر. وقال مالك وما طلق في ارتداده أو أعتق فلا يلزمه وما طلق أو أعتق قبل الردة فإنه يلزمه. انتهى. فلو طلق ثلاثا ثم أسلم لم تحل له إلا بعد زوج. نعم لو طلقها ثلاثا ثم ارتدا جميعا عن الإسلام ثم أسلما فإنه يسقط عنهما الطلاق الثلاث. قاله ابن القاسم، ونقله عنه اللخمي، ونقله المصنف في التوضيح، ونص عليه في الشامل./ 285

ص: **إلا المراهق والمتروك لها** ش: انظر النكاح الثالث من المدونة.

ص: **وإن سب نبيا إلى قوله ولم يستتب [حدا**[1760]**]** ش: قال في الشفاء: ولا تقبل توبته سواء ظهر عليه أو جاء تائبا، وقول المصنف: ["حدا"[1761]] يعني به أن السب ليس بردة. قال في الشفا: وهذا إنما هو مع إنكاره لما شهد عليه به أو مع إظهاره التوبة والإقلاع عنه. قال: وأما من علم أنه سبه مستحلا له فلا شك في كفره، وكذلك إن كان سبه في نفسه كفرا كتكذيبه أو تكفيره، وكذلك من لم يظهر التوبة واعترف بما شهد به عليه وصمم فهذا كافر بقوله وباستحلاله هتك حرمة الله وحرمة نبيه قتل كفرا بلا خلاف. انتهى. ثم قال لما قرر أن ميراث الساب لورثته أن ذلك فيمن أنكر ما شهد عليه به أو اعترف به وأظهر التوبة. قال: وأما لو أقر به وتمادى على السب كان كافرا وميراثه للمسلمين، ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يكفن وتستر عورته ويوارى كما يفعل بالكفار. انتهى.

فرع: قال المشذالي في آخر النكاح الثالث عند قوله: وإذا ارتد ثم راجع الإسلام وضع عنه كل حق [لله:[1762]] سئل ابن عرفة عمن وقع في الجناب العلي بما يوجب قتله فلم يقتل حتى ارتد ثم راجع الإسلام هل يسقط قتله؟ فقال: الذي عندي أنه يسقط وهو ظاهر الكتاب لأنه لم يستثن إلا القذف ولو كان ثم غيره لذكره. قال المشذالي: قلت: قال عياض عن ابن القاسم ومحمد عن مالك إن من سب النبي صلى الله عليه وسلم قتل إلا أن يسلم الكافر فظاهر تخصيصه بالكافر يدل على أن المسلم لا يسقط وذكر بعده هل الحق لله أو للآدمي فهذا مناط الحكم. انتهى.

الحديث ....

1760 – في المطبوع حد وما بين المعقوفين من ن عدود ص285 ويحيى ص127 وم ص91 ويم ص108 ومايابى201.

1761 – في المطبوع حرا وما بين المعقوفين من ن عدود ص285 ويحيى ص127 وم ص91 ويم ص108 ومايابى201.

1762 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص285 ويحيى ص127 وم ص92 ويم ص108 ومايابى202.

نص خليل ....

متن الحطاب 286

مسألة: قال القرطبي في شرح مسلم: لا خلاف في وجوب احترام الصحابة وتحريم سبهم ولا يختلف في أن من قال كانوا على/ كفر وضلال كافر يقتل؛ لأنه أنكر معلوما من الشرع فقد كذب الله ورسوله، وكذلك الحكم فيمن كفر أحد الخلفاء الأربعة أو ضللهم، وهل حكمه حكم المرتد فيستتاب، أو الزنديق فلا يستتاب ويقتل على كل حال؟ هذا مما يختلف فيه فأما من سبهم بغير ذلك فإن كان سبا يوجب حدا كالقذف حد حده ثم ينكل التنكيل الشديد من الحبس والتخليد فيه والإهانة ما خلا عائشة فإن قاذفها يقتل لأنه مكذب للكتاب والسنة من براءتها قاله مالك وغيره، واختلف في غيرها من أزواجه صلى الله عليه وسلم فقيل يقتل قاذفها لأن ذلك أذى للنبي صلى الله عليه وسلم، وقيل يحد وينكل على قولين، وأما من سبهم بغير القذف فإنه يجلد الجلد الموجع وينكل التنكيل الشديد. قال ابن حبيب: ويخلد في السجن إلى أن يموت، وقد روي عن مالك فيمن سب عائشة أنه يقتل مطلقا ويمكن حمله على السب بالقذف. انتهى.

وقال في الإكمال في حديث الإفك: وأما اليوم فمن قال ذلك في عائشة قتل لتكذيب القرآن وكفره بذلك، وأما غيرها من أزواجه فالمشهور أنه يحد لما فيه من ذلك [حد[1763]] ويعاقب لغيره، وحكى ابن شعبان قولا آخر أنه يقتل على كل حال، وكأن هذا التفت إلى أذى النبي صلى الله عليه وسلم حيا وميتا. انتهى. وقال في الإكمال أيضا: وسب أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وتنقصهم أو واحد منهم من الكبائر المحرمات، وقد لعن النبي صلى الله عليه وسلم فاعل ذلك، وذكر أن من آذاه وآذى الله تعالى فإنه لا يقبل منه صرف ولا عدل، واختلف العلماء فيما يجب عليه [فعند مالك[1764]] ومشهور مذهبه إنما فيه الاجتهاد بقدر قوله والمقول فيه، وليس له في الفيء حق، وأما من قال فيهم إنهم كانوا على ضلالة وكفر فيقتل، وحكى عن سحنون مثل هذا فيمن قاله في الأئمة الأربعة قال وينكل في غيرهم، وحكى عنه يقتل في الجميع كقول مالك. انتهى. فيفهم منه أن قول مالك: إن من قال في أحد من الصحابة ولو كان غير الأئمة الأربعة: إنه على ضلالة وكفر إنه يقتل، وانظر الشفا، وقد حكى فيه الخلاف حتى فيمن كفر عليا وعثمان، والذي جزم به ابن عبد السلام الشافعي في أماليه أنه لا يكفر بذلك.

مسألة: قال الشيخ جلال الدين السيوطي في مسالك الحنفا في والدي المصطفى قال: نقلت من مجموع بخط الشيخ كمال الدين الشمني والد شيخنا الشيخ تقي الدين ما نصه: سئل القاضي أبو بكر بن العربي عن رجل قال إن أبا النبي صلى الله عليه وسلم في النار فأجاب بأنه ملعون؛ لأن الله تعالى قال: ﴿ إن الذين يؤذون الله ورسوله لعنهم الله في الدنيا والآخرة وأعد لهم عذابا مهينا ﴾ قال: ولا أذى أعظم من أن يقال في أبيه إنه في النار. انتهى بلفظه. والله أعلم.

غريبة: ذكرها صاحب كنز الراغبين العفاة في الرمز إلى المولد والوفاة، ولم أقف على اسم المصنف قال: ذكر صاحبنا الشيخ شمس الدين الملقب بالرائق خطيب مدينة بيروت وإمامها عن السيد عمر

الحديث ....

[1763] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص286 ويحيى ص127 وم ص92 ويم ص109 ومايابى202.

[1764] – في المطبوع فعبد الملك ومابين المعقوفين من الاكمال ج7 ص580

نص خليل

إلاَّ أنْ يُسْلِمَ الْكَافِرُ وَإنْ ظَهَرَ أنَّهُ لَمْ يُرِدْ ذَمَّهُ لِجَهْلٍ أوْ سُكْرٍ أوْ تَهَوُّرٍ وَفِيمَنْ قَالَ لاَ صَلَّى اللهُ عَلَى مَنْ صَلَّى عَلَيْهِ جَوَابًا لِصَلِّ أوْ قَالَ الأنبِيَاءُ يُتَّهَمُونَ جَوَابًا لِتَتَّهِمُنِي أوْ جَمِيعُ الْبَشَرِ يَلْحَقُهُمْ النَّقْصُ حَتَّى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَوْلاَنِ وَاسْتُتِيبَ فِي هُزِمَ أوْ أعْلَنَ بِتَكْذِيبِهِ أوْ تَنَبَّأَ إلاَّ أنْ يُسِرَّ عَلَى الأظْهَرِ وَأُدِّبَ اجْتِهَادًا فِي أدٍّ وَاشْكُ لِلنَّبِيِّ أوْ لَوْ سَبَّنِي مَلَكٌ لَسَبَبْتُهُ أوْ يَا ابْنَ ألْفِ كَلْبٍ أوْ خِنْزِيرٍ أوْ عُيِّرَ بِالْفَقْرِ فَقَالَ تُعَيِّرُنِي بِهِ وَالنَّبِيُّ قَدْ رَعَى الْغَنَمَ أوْ قَالَ لِغَضْبَانَ كَأنَّهُ مُنْكَرٌ أوْ مَالِكٌ أو اسْتَشْهَدَ بِبَعْض جَائِزٍ عَلَيْهِ فِي الدُّنْيَا حُجَّةً لَهُ أوْ لِغَيْرِهِ أوْ شَبَّهَ لِنَقْص لَحِقَهُ لاَ عَلَى التَّأسِّي كَإنْ كُذِّبْتُ فَقَدْ كُذِّبُوا أوْ لَعَنَ الْعَرَبَ أوْ بَنِي هَاشِمٍ وَقَالَ أرَدْتُ الظَّالِمِينَ وَشُدِّدَ عَلَيْهِ فِي كُلِّ صَاحِبِ فُنْدُق قَرْنَانٌ وَلَوْ كَانَ نَبِيًّا وَفِي قَبِيحٍ لأحَدِ ذُرِّيَّتِهِ عَلَيْهِ الصَّلاَةُ وَالسَّلاَمُ مَعَ الْعِلْمِ بِهِ كَأنْ انْتَسَبَ لَهُ أو احْتَمَلَ قَوْلُهُ أوْ شَهِدَ عَلَيْهِ عَدْلٌ أوْ لَفِيفٌ فَعَاقَ عَنِ الْقَتْلِ أوْ سَبَّ مَنْ لَمْ يُجْمَعْ عَلَى نُبُوَّتِهِ أوْ صَحَابِيًّا وَسَبَّ اللهِ كَذَلِكَ وَفِي اسْتِتَابَةِ الْمُسْلِمِ خِلاَفٌ كَمَنْ قَالَ لَقِيتُ فِي مَرَضِي مَا لَوْ قَتَلْتُ أبَا بَكْرٍ وَعُمَرَ لَمْ أسْتَوْجِبْهُ.

متن الحطاب

الحضرمي من أهل بيروت أنه اجتمع [برافضي[1765]] من أهل جبل عاملة فقال له الرافضي نحن نبغض أبا بكر لتقدمه في الخلافة على علي، ونبغض جبريل لأنه نزل بالرسالة على محمد ولم ينزل على علي، ونبغض محمدا صلى الله عليه وسلم لأنه قدم أبا بكر في النيابة عنه في الصلاة ولم يقدم عليا، ونبغض عليا لسكوته عن طلب حقه من أبي بكر وهو قادر عليه، ونبغض الله لأنه أرسل محمدا ولم يرسل عليا، وهذا أقبح ما يكون من الكفر الذي ما سمع بمثله والعياذ بالله. قال: وذكر ابن بشكوال بسنده إلى محمد بن عمر بن يونس قال: كنت بصنعاء فرأيت رجلا والناس حوله مجتمعون عليه فقلت ما هذا قالوا هذا رجل كان يؤم بنا في شهر رمضان وكان حسن الصوت بالقرآن فلما بلغ ﴿إن الله وملائكته يصلون على النبي﴾ قال إن الله وملائكته يصلون على علي النبي ﴿يا أيها الذين آمنوا/ صلوا عليه وسلموا تسليما﴾ [فخرس[1766]] وجذم وبرص وعمي وأقعد مكانه. انتهى.

287

ص: إلا أن يسلم الكافر ش: انظر ما نقله الأبي عن ابن عرفة، وأظنه في كتاب الإيمان في حديث أسامة[1].

ص: واستتيب في هزم ش: وقال القرطبي في شرح مسلم: ومن قال إنه فر أو هزم قتل ولم يستتب لأنه صار بمنزلة من قال إنه كان أسود أو ضخما فأنكر ما علم من وصفه وذلك كفر لأنه قد أضاف إليه نقصا وعيبا، وقيل يستتاب فإن تاب وإلا قتل. انتهى.

ص: وأدب اجتهادا في أد واشك للنبي ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسائل: من فتاوى الشيخ سراج الدين/ البلقيني والشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي تتعلق بشيء من معنى هذا الباب سئل البلقيني عن رجل أمسك غريما له، وقال لو وقف عزرائيل قابض الأرواح ما سيبته إلا بحكم الشرع/ فأجاب إذا كان مراده لو وقف لقبض روحي ما سيبته فلا يجب

288

289

الحديث

1- مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث158.

1765 - في المطبوع برافض وما بين المعقوفين من يحيى470 وسيد38 ويم130 ومايابى203 وم92.

1766 - في المطبوع ومايابى203 فخرص (ويم ص109 حرس وجزم) (ويحيى خرص ص127 وجذم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص287 وم ص92.

نص خليل ....

متن الحطاب

عليه شيء؛ لأنه إنما صدر ذلك بالنسبة إلى ما يتعلق بذلك، ومعنى لا أسيبه ولو في ذلك ذهاب الروح، وهذا لا يتعلق بالملك صلى الله عليه وسلم. [انتهى.[1767]]

قلت: وأما لو قصد الاستخفاف بذلك فالظاهر أنه يؤدب كما ذكره في الشفا، وأشار إليه الشيخ بقوله: "لو سبني ملك [لسببته"،[1768] وسئل الشيخ عز الدين بن عبد السلام الشافعي ما تقول في رجل قال في ملإ من الناس، وقد تكلم في حقيقة الفقير فقال الفقير الذي لا حاجة له إلى الله فهل في إطلاق هذا القول شيء أم لا؟ وهل إذا ذكر لذلك تأويلا محتملا ولو على بعد أيقبل ذلك منه أو لا؟ فأجاب يعزر على ذلك تعزيرا بليغا رادعا ويجدد إسلامه، ولا يقبل تأويله في هذا القول لما فيه من سوء الأدب والرد على قوله تعالى: ﴿يا أيها الناس أنتم الفقراء إلى الله﴾ وهذا القول إن لم يكن كفرا فهو قريب من الكفر، فلا أكثر الله من هذه الشياطين المضلين، ويجب على ولي الأمر أن يبالغ في ردع هذا الخبيث المجترئ على رب العالمين. اهـ.

قلت: لعله تردد في كون هذا اللفظ كفرا لكون قائله ذكر له تأويلا، وأما من اعتقد معنى هذا اللفظ فلا شك أنه كافر مرتد مكذب للقرآن. والله أعلم. وسئل البلقيني عن رجل ظلمه مكاس ظلما كثيرا فقال الرجل الذي يكتبه فلان المكاس ما [يمحوه[1769]] ربنا ما يلزمه؟ فأجاب إذا لم يقصد بذلك عدم تعلق قدرة الرب به فإنه لا يكفر سواء قصد أن المكاس شديد البأس يصمم على ما يكتب أو لم يقصد ذلك، فإن قصد أن ربنا لا يقدر على محوه فإنه يكفر ويستتاب، فإن تاب وإلا ضربت عنقه، وسئل عن مسلم قال لذمي في عيد من أعيادهم عيد مبارك عليك هل يكفر أم لا؟ فأجاب إن قاله المسلم للذمي على قصد تعظيم دينهم وعيدهم فإنه يكفر، وإن لم يقصد ذلك وإنما جرى ذلك على لسانه فلا يكفر لما قاله من غير قصد. وسئل عن رجل يدعي أنه إذا غضب على أحد أصيب في بدنه أو منصبه لأجل غضبه فقال له رجل لو سمع الله منك لأخرب السموات والأرض؛ يعني لو قبل دعاءك فهل يجب على قائل هذا الكلام شيء وماذا يجب على من قال له كفرت بهذا الكلام؟

فأجاب لا يجب على قائل ذلك شيء، ومن رماه بكفر أو غيره بالتأويل زجر عن ذلك، ويعرف أن معنى ذلك موجود في كتاب الله في قوله: ﴿ ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ﴾ ويجب عليه أن يتوب عما صدر منه وسئل عن رجل يصبح كل يوم يشتغل بالناس ويجعلهم في غير الإسلام ويقول بعد ذلك إذا أكلت العلماء الرشا أكلت الناس الحرام، وإذا أكلت العلماء الحرام كفرت الناس، ويذكر أنه وقتنا هذا فعوتب في ذلك فقال ما قلته من عندي. قاله الفقيه حسين المغربي. فأجاب قد ارتكب المذكور كبائر بجعل المسلمين في غير الإسلام وبما ذكره عن العلماء وعن كفر الناس، وبذكره

الحديث ....

[1767] – ساقطة من المطبوع ويحيى ص128 ويم ص109 وما بين المعقوفين من ن عدود ص 289 وم ص92 ومايابى203.

[1768] *– في المطبوع سببته وما بين المعقوفين من سيد39 ومايابى203.

[1769] – في المطبوع يمحيه وما بين المعقوفين من ن ز ص289.

نص خليل ....

متن الحطاب

أنه وقتنا وقد كذب في ذلك كله وافترى فدين الإسلام بحمد الله قائم، والأمة المحمدية لا تزال[1] طائفة منهم قائمة على الحق حتى يأتي أمر الله، وأن الله تعالى يبعث للأمة المحمدية على رأس كل مائة عام من يجدد لها أمر دينها[2]، ويجب على هذا الرجل التعزير البليغ الزاجر له ولأمثاله عن هذه الأمور الباطلة، ويبادر إلى التوبة، فإذا ظهر من حسين المغربي شيء من ذلك فإنه يعزر. انتهى.

قلت: وما ذكره كلام لا معنى له فإنه يقتضي أن الرشا أخف من الحرام، وقد قال العلماء إن الرشا أخبث من الحرام وإنها السحت.

وسئل عن [رجل[1770]] قال في ميعاده: إن الله تعالى يقول إن من عبادي من لا يوافقه إلا الفقر ولو أغنيته لفسد الحديث، وفي آخره ومراد الحق من الخلق ما هم عليه فأنكر عليه رجل صحة هذا الحديث فهل الحديث مروي؟ وما معنى قوله ومراد الحق من الخلق ما هم عليه؟ فأجاب هذ أثر مروي، ومعناه صحيح ولا يترتب على قائله شيء، ومعناه أن كل ما يفعله الخلق وما اشتملوا عليه من هدي وغي من خلق الله وإرادته، وهذا اعتقاد أهل السنة.

290

وسئل الشيخ/ عز الدين عن الرجل يذكر فيقول الله الله ويقتصر على ذلك هل هو مثل قوله سبحان الله والحمد الله والله أكبر وما أشبه ذلك أم لا، وإذا لم يكن بمثابته فهل هو بدعة لم تنقل عن السلف أم لا؟ فأجاب هذه بدعة لم تنقل عن الرسول ولاعن أحد من السلف وإنما يفعله الجهلة، والذكر المشروع كله لا بد أن يكون جملة فعلية أو اسمية، وهو مأخوذ من الكتاب والسنة وأذكار الأنبياء والخير كله في اتباع الرسول واتباع السلف الصالحين دون الأغبياء من الجاهلين. انتهى. وسئل البلقيني عن جماعة يذكرون وفي أثناء ذكرهم يقولون محمد محمد ويكررون الاسم الشريف ويقولون آخر ذلك محمد مكرم معظم هل يكون ذلك ذكرا يؤجرون عليه وهل فيه إساءة؟ وهل ورد في ذلك شيء من كتاب أو سنة؟

فأجاب لم يرد بذلك آية ولا خبر عن النبي صلى الله عليه وسلم ولا أثر عن الصحابة ولا عن التابعين ولاعن الفقهاء بعدهم ولا ذلك من الأذكار المشروعة، ولا يؤجرون على ذلك وهم مبتدعون شيئا قد يقعون به في إساءة الأدب، وأما [قولهم[1771]] [محمد مكرم[1772]] معظم فهذا ليس كالذي قبله وهو إخبار بالواقع، ولم يرد فيه ما يقتضي أن يكون مطلوبا، والقياس على ما نهى الله عنه في قوله تعالى: ﴿ لا تجعلوا دعاء الرسول بينكم كدعاء بعضكم بعضا ﴾ وقوله تعالى: ﴿ ولا تجهروا له بالقول كجهر بعضكم لبعض ﴾ وما طلب من الأدب منهم في حق النبي صلى الله عليه وسلم يقتضي النهي عن ذلك. انتهى.

الحديث

1 – لا تزال طائفة من أمتي ظاهرين على الحق لا يضرهم من خذلهم حتى يأتي أمر الله وهم كذلك، مسلم في صحيحه، دار إحياء التراث العربي 1972، رقم الحديث 1920. وهو في البخاري، كتاب المناقب، رقم الحديث 3641.

2– أبو داود في سننه، كتاب الملاحن، رقم الحديث 4291.

[1770] *– في المطبوع الرجل والمثبت من يحيى471 وميابى204 ويم130 وم93.

[1771] – في المطبوع قوله محمد محمد مكرم معظم (يم ص109 وأما قولهم محمد بمحمد معظم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 ومايابى204.

[1772] – في المطبوع محمد محمد مكرم (يحيى ص128 وأما قولهم محمد محمد مكرم معظم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 ومايابى204 (محمد بمحمد مكرم).

نص خليل **باب الزِّنَا وَطْءُ مُكَلَّفٍ مُسْلِمٍ فَرْجَ آدَمِيٍّ.**

متن الحطاب **قلت:** قوله: وأما قولهم [محمد مكرم[1773]] معظم يعني من غير تكرير للاسم الشريف، وما قاله ظاهر، ومثل هذا قول كثير من العامة صلوا على محمد.

فصل في بيان حد الزنا وما يتعلق به

ص: الزنا وطء مسلم مكلف الخ ش: قال أبو الحسن: قال القاضي عياض: الزنا يمد ويقصر، فمن مده ذهب إلى أنه فعل من اثنين كالمقاتلة والمضاربة [فمصدره[1774]] [قتال،[1775]] ومن قصره جعله اسم الشيء بنفسه، وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق. اهـ. وانظر هذا الكلام فإني لم أجده في التنبيهات؛ لأني لم أجده في نسختي من كتاب الحدود وفي الزنا المترجم له في بعض النسخ [بكتاب[1776]] الرجم كما قاله أبو الحسن، فما أدري سقط هذا الكلام من نسختي أو من جميع النسخ، ولعل هذا الكلام من الإكمال أو من المشارق. قال النووي: وإذا مد كتب بالألف، وإذا قصر كتب بالياء. قاله في كتاب بيان لغات المهذب، والقصر لغة الحجاز، وبها جاء القرآن، والمدلغة تميم. قاله في المحكم وغيره. قال الجزولي في شرح الرسالة بعد ذكر الكلام السابق عن عياض: وهل ضيق المحل أو ضيق الحكم فيه يحتمل.

قال الجزولي: وحضرت خصمين تحاكما قال أحدهما: قال لي يا ابن المقصور والممدود فجلده القاضي لأن هذا تعريض. انتهى. وقال الزناتي: وأصل اشتقاق الكلمة من الضيق والشيء الضيق؛ لأن الزاني ضيق على نفسه من حيث أخرج نطفته إخراجا لا ينسب إليه، ولأنه ضيق على نفسه في الفعل إذ لا يتصور في كل موضع؛ فلا بد من التماس خلوة وتحفظ وضيق على نفسه فيما اكتسبه من إثم تلك الفعلة. قال ابن القوطية: زنى الرجل على غيره زنوءا و زناء ضيق عليه، وزنا الشيء ضاق أو قصر، وزنى [الحبل[1777]] ضعف، وزنى إلى الشيء نحا، وزنى الرجل بوله زنوءا حقنه، وزنى البول احتقن، وفي الحديث نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة والمصلي زناء. انتهى.

تنبيهات: الأول: لا يرد على المصنف أنه لا يصدق ما ذكره من الحد إلا على الرجل فقط فلا يشمل الزانية بل هو شامل لها لأنه قال وطء، والوطء مصدر لا يمكن وقوعه إلا بين اثنين، فيدل على أن كل واحد منهما يشتق له من الوصف فيقال زان وزانية. والله أعلم./ 291

الثاني: الذي يظهر أن مراد المؤلف أن يحد [الزنى[1778]] الموجب للحد في الشرع، لا كل ما يصدق

الحديث ....

[1773] – في المطبوع محمد محمد ومايابى204 (محمد بمحمد مكرم) (وم ص93 وأما قولهم محمد محمد معظم) وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص290.

[1774] – في المطبوع فمصده وم ص110 (ويحيى ص128 ممدوده) وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 وم ص93 ومايابى205.

[1775] *– في المطبوع قتالا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1776] – في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 وم ص93 ويحيى ص129 وم ص110 ومايابى205.

[1777] – في المطبوع الجبل (ويحيى ص129 الجل ضعف) (ويم ص110 وم ص93 زنى في الجبل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 ومايابى205.

[1778] *– في المطبوع للزنا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل لاَ مِلْكَ لَهُ فِيهِ بِاتِّفَاقٍ تَعَمُّدًا وَإِنْ لِوَاطًا أَوْ إِتْيَانَ أَجْنَبِيَّةٍ بِدُبُرٍ أَوْ إِتْيَانَ مَيْتَةٍ غَيْرِ زَوْجٍ أَوْ صَغِيرَةٍ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ لِوَطْءٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ مَمْلُوكَةٍ تَعْتِقُ أَوْ يَعْلَمُ حُرِّيَّتَهَا أَوْ مُحَرَّمَةٍ بِصِهْرٍ مُؤَبَّدٍ أَوْ خَامِسَةٍ.

متن الحطاب عليه زنا في اللغة وإن كان كذلك، فيرد عليه أنه ليس بجامع لخروج تمكين المرأة من نفسها مجنونا، فإنها زانية كما سيأتي، ولا يصدق عليها التعريف المذكور، وكذا تمكينها كافرا من نفسها، وانظر البساطي فإنه قد أشار إلى ذلك، ويرد عليه أنه غير مانع أيضا لدخول وطء الرجل الصغيرة التي لا يمكن وطؤها فتأمله. والله أعلم.

الثالث: قال مطرف كان مالك يرى فيمن [ابتز[1779]] جارية [أو غلاما[1780]] من دار والناس ينظرون حتى تغيب عليها أو عليه فلا يدري ما فعل أن يضرب الثلاثمائة والأربعمائة، بكرا كان أو ثيبا، وكان الحكام يحكمون بذلك عندنا بمشورة مالك.

ص: **لا ملك له فيه** ش: هو نحو عبارة ابن الحاجب فقال في التوضيح: المراد بالملك التملك الشرعي أو شبهه. اهـ. فيدخل فرج مملوكه الذكر لأنه لا تسلط له على فرجه في الشرع، ويخرج منه وطء الرجل جارية ابنه لأن له شبهة الملك، ونحوه قول ابن عرفة: الزنا الشامل للواط مغيب حشفة آدمي في فرج آخر دون شبهة حلية عمدا. فتخرج المحللة ووطء الأب أمة ابنه لا زوجته. اهـ.

ص: **تعمدا** ش: تصوره من كلام الشارح ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة النور: واختلفوا في المرأة إذا استدخلت ذكر نائم فقال مالك عليها الحد، وقال أبو حنيفة لا حد عليها، وحجة مالك أن هذا زنى فهو داخل تحت العموم. انتهى.

ص: **باتفاق** ش: مخرج للأنكحة الفاسدة ولوطئه زوجته أو أمته في دبرها فإنه ليس بزنى ولا حد عليه في ذلك، لأنه قد قيل بإباحته، وإن كان القول بذلك شاذا أو ضعيفا ويجب عليه الأدب على المعروف.

ص: **أو محرمة بصهر** ش: ظاهر كلامه أنه إذا وطئ مملوكته المحرمة عليه بالصهر يحد وليس كذلك، فيحمل كلامه على ما إذا تزوج المحرمة عليه بالصهر. قال ابن الحاجب: لا ملك له فيه يخرج الحلال والحائض والمحرمة والصائمة والمملوكة المحرمة بنسب لا [يعتق[1781]] أو صهر أو رضاع أو شركة أو عدة أو تزويج [والمتزوجها[1782]] هو في عدتها على الأصح. ثم قال: أما لو وطئ بالملك من يعتق عليه أو نكح محرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد [ووطئها[1783]] فإنه يحد. قال في التوضيح: وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالما بالتحريم. اهـ. وقال في التوضيح فيما إذا وطئ مملوكته المحرمة بنسب لا [يعتق[1784]] أو بصهر أو رضاع إنه لا يحد ولو كان عالما بالتحريم؛ نعم

الحديث ....

1779 *- في المطبوع استخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في النوادر ج14 ص314.

1780 - في المطبوع وغلاما وما بين المعقوفين من ن ز ص291 ويحيى472 وم 131.

1781 *- في المطبوع بعتق وما بين المعقوفين من م93 وسيد39 ويم131.

1782 - في المطبوع ولمتزوجها (يم ص110 ويمزوجها) وما بين المعقوفين من ن عدود ص290 ويحيى ص129 وم ص93 ومايابى206.

1783 - في المطبوع وطئها ويم ص110 وما بين المعقوفين من ن عدود ص291 ويحيى ص129 وم ص93 ومايابى206.

1784 *- في المطبوع بعتق وما بين المعقوفين من م93 وسيد39 ويم131.

نص خليل أَوْ مَرْهُونَةٍ أَوْ ذَاتِ مَغْنَمٍ أَوْ حَرْبِيَّةٍ أَوْ مَبْتُوتَةٍ وَإِنْ بِعِدَّةٍ وَهَلْ وَإِنْ أَبَتَّ فِي مَرَّةٍ تَأْوِيلَانِ.

متن الحطاب يؤدب وإذا حملت منه من هي محرمة عليه عتقت عليه، وفي سماع عيسى لا تعتق، وأما إن لم تحمل فروي عن ابن القاسم أنها تباع خوفا من أن يعاود. زاد في المدونة في كتاب القذف: ويلحق به الولد.

ص: أو مرهونة ش: أطلق هنا في وجوب الحد ومراده إن وطىء بغير إذن الراهن اعتمادا على ما قدمه في الرهن وعلى ما ذكره هنا في الأمة المحللة؛ لأنه إذا أذن الراهن في ذلك صارت محللة. والله أعلم./ 292

ص: أو مبتوتة وإن بعدة وهل وإن بت في مرة تأويلان ش: يعني أن الإنسان إذا طلق زوجته البتة أو طلقها ثلاثا ثم وطئها دون عقد أو عقد عليها قبل أن تتزوج زوجا غيره ووطئها فإنه يحد، سواء وقع ذلك وهي في عدة أو بعد فراغ العدة يريد إذا كان عالما بالتحريم، وأما إن كان يجهل التحريم فإنه لا حد عليه إذا كان مثله يجهل ذلك كما سيقوله المصنف بعد في قوله: "أو الحكم إن جهل مثله" فإنه راجع إلى جميع ما ذكر أنه يحد فيه كما صرح به المصنف في التوضيح وغيره؛ أعني رجوعه لجميع ما تقدم، وأما قول المصنف بعد هذا: "بلا عقد" فإنما هو راجع إلى قوله: "أو مطلقة قبل البناء أو معتقة" كما صرح به الشارح ولا يرجع لمسألة المبتوتة.

قال ابن الحاجب: أما لو وطىء بالملك من يعتق عليه، أو نكح المحرمة بنسب أو رضاع أو صهر مؤبد ووطئها أو طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة، أو تزوجها قبل زوج ووطئها، أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها بغير تزويج أو أعتق أمة ثم وطئها فإنه يحد. قال في التوضيح: قوله أو طلق امرأته ثلاثا، ظاهره سواء كان بلفظ الثلاث أو البتة، وسواء كان الثلاث مجتمعات أو متفرقات، وهو ظاهر المدونة، وقال أصبغ في البتة لا يحد عالما كان أو جاهلا، لقوة الخلاف في البتة هل هي واحدة أم لا؟ وقال في المطلقة ثلاثا مثل ما في المدونة، إلا أنه قال في الجاهل [إنه[1785]] لا يحد استحسانا، وتأول صاحب تهذيب الطالب قوله في الثلاث على أنها مفترقات قال: وأما إن كانت في لفظ واحد فلا حد عالما كان أو جاهلا للاختلاف فيها.

وقال غيره إن هذا التأويل على أصبغ ظاهر المدونة خلافه، وأنه لا فرق في الثلاث بين أن تكون مفترقات أو مجتمعات، لضعف قول من قال بإلزامه الواحدة في الثلاث، وهذه المسائل كلها مقيدة بما إذا كان عالما بالتحريم، وأما الجاهل بالحكم فلا كما سيأتي من كلام المصنف. اهـ كلام التوضيح. وتحصل منه أنه إذا طلقها ثلاثا مفترقات ثم وطئها دون عقد، [أو عقد[1786]] عليها قبل زوج ووطئها فإنه يحد، وأما إن كانت التطليقات مجتمعات في كلمة واحدة فتأويل عبد الحق على قول أصبغ أنه لا يحد، وأن قوله مثل ما في المدونة مراعاة لقول من يقول إنها واحدة إذا كانت في كلمة فتكون كالمطلقة الواحدة الرجعية فلا يحد، كما لو طلق الرجل طلقة رجعية ثم وطئها في العدة فإنه لا يحد،

الحديث ....

[1785] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 ومايابى206.

[1786] – في المطبوع وعقد ويحيى ص129 ويم ص110 وم ص94 وما بين المعقوفين من ن عدود ص292 ومايابى206.

نص خليل

أَوْ مُطَلَّقَةٍ قَبْلَ الْبِنَاءِ أَوْ مُعْتَقَةٍ بِلاَ عَقْدٍ كَأَنْ يَطَأَهَا مَمْلُوكُهَا أَوْ مَجْنُونٌ بِخِلاَفِ الصَّبِيِّ إلاَّ أَنْ يَجْهَلَ الْعَيْنَ أو الْحُكْمَ إنْ جَهِلَ مِثْلُهُ إلاَّ الْوَاضِحَ لاَ مُسَاحَقَةٌ وَأُدِّبَ اجْتِهَادًا كَبَهِيمَةٍ وَهِيَ كَغَيْرِهَا فِي الذَّبْحِ وَالأَكْلِ وَمَنْ حَرُمَ لِعَارِضٍ كَحَائِضٍ أَوْ مُشْتَرَكَةٍ أَوْ مَمْلُوكَةٍ لاَ تَعْتِقُ أَوْ مُعْتَدَّةٍ أَوْ بِنْتٍ عَلَى أُمٍّ لَمْ يَدْخُلْ بِهَا أَوْ أُخْتٍ عَلَى أُخْتِهَا وَهَلْ إلاَّ أُخْتَ النَّسَبِ لِتَحْرِيمِهَا بِالْكِتَابِ تَأْوِيلاَنِ وَكَأَمَةٍ مُحَلَّلَةٍ وَقُوِّمَتْ وَإِنْ أَبَيَا.

متن الحطاب

وهو أحد التأويلين اللذين أشار إليهما المؤلف، وتأويل غيره أنه يحد، وهو ظاهر المدونة كما سيأتي، فكان ينبغي للمؤلف أن يقتصر عليه، هذا إذا تلفظ بالثلاث، وأما إن تلفظ بالبتة فظاهر المدونة لزوم الحد كما تقدم، وقال أصبغ لا يحد، ووجهه ما تقدم في توجيه الثلاث في كلمة واحدة. قال في أوائل كتاب القذف من المدونة: ومن تزوج خامسة أو امرأة طلقها ثلاثا أو البتة قبل أن تنكح زوجا غيره أو أخته من الرضاع أو النسب أو من ذوات محارمه عامدا عارفا بالتحريم أقيم عليه الحد ولم يلحق به الولد؛ إذ لا يجتمع الحد وثبوت النسب. انتهى. ثم قال بعده: ومن طلق امرأته قبل البناء طلقة واحدة ثم وطئها بعد الطلقة وقال ظننت أنه لا [يبينها[1787]] [مني[1788]] إلا الثلاث فلها صداق واحد ولا حد عليه إذا عذر بجهل، ولو طلقها بعد البناء ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال ظننت ذلك يحل لي فإن عذر بالجهالة لم يحد، وكذلك من تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة وعذر بالجهالة في التحريم لم يحد. انتهى.

تنبيهات: الأول: علم من هذا أن قول المصنف في النكاح: "أو مبتوتة قبل زوج" إنما تكلم فيه على تأبيد التحريم وعدمه فذكر أنه لا يتأبد تحريمها، وأما الحد وعدمه فلم يتعرض له فيفصل فيه بين العالم والجاهل.

الثاني: قوله في المدونة: البتة بعد الثلاث زائد. قاله أبو الحسن.

293 **الثالث:** تقدم في باب الاستلحاق المسائل التي يجتمع فيها الحد ولحوق الولد. والله أعلم./

ص: أو مطلقة قبل البناء أو معتقة بلا عقد ش: يعني أن من طلق زوجته قبل البناء ثم وطئها دون تجديد عقد فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل ويكون مثله يجهل ذلك، وكذلك من أعتق أمة ثم وطئها دون عقد عليها فإنه يحد إلا أن يعذر بجهل، وقد تقدم نص المدونة في ذلك، ونصها أيضا في اختصار ابن أبي زيد: ومن تزوج خامسة أو أخته من الرضاعة. قال ابن حبيب عن أصبغ أو أخته من النسب: قال ابن القاسم: أو غير الأخت من ذوات المحارم أو طلق امرأته ثلاثا ثم تزوجها قبل زوج أو طلقها قبل البناء واحدة ثم وطئها في العدة أو أعتق أم ولده ثم وطئها في العدة منه فإن ادعى في جميع هؤلاء الجهالة بالتحريم ومثله يجهل ذلك. قال أشهب: مثل الأعجمي وشبهه فلا حد عليه وإن كان عالما ولم يعذر بجهل حد ولم يلحق به الولد. قال ابن القاسم: وما درأت فيه الحد ألحقت فيه الولد وليس عليه للتي وطىء بعد الطلاق البائن أو العتق المبتل صداق مؤتنف وذلك داخل في الملك الأول كمن وطىء بعد حنثه منها ناسيا ليمينه أو لم يعلم بحنثه. انتهى من كتاب الرجم. وانظر النوادر في ترجمة من تخالع على أنها إن طلبت ما أعطته عادت زوجة. والله أعلم.

ص: أو معتدة ش: سواء وطئها بالملك أو بالنكاح على المشهور.

الحديث

....

1787 – في المطبوع ومايابى207 يبتها وما بين المعقوفين من يحيى130 ويم111 وم94 وأقره الشيخ محمد سالم.

1788 *– في المطبوع منه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.وهو الذي في م94.

نص خليل أَوْ مُكْرَهَةٍ أَوْ مَبِيعَةٍ بِغَلاَءٍ وَالأَظْهَرُ وَالأَصَحُّ كَإِن ادَّعَى شِرَاءَ أَمَةٍ وَنَكَلَ الْبَائِعُ وَحَلَفَ الْوَاطِئُ وَالْمُخْتَارُ أَنَّ الْمُكْرَهَ كَذَلِكَ وَالأَكْثَرُ عَلَى خِلاَفِهِ وَيَثْبُتُ بِإِقْرَارٍ مَرَّةً إِلاَّ أَنْ يَرْجِعَ مُطْلَقًا أَوْ يَهْرُبَ وَإِنْ فِي الْحَدِّ وَبِالْبَيِّنَةِ فَلاَ يَسْقُطُ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسْوَةٍ بِبَكَارَتِهَا وَبِحَمْلٍ فِي غَيْرِ مُتَزَوِّجَةٍ وَذَاتِ سَيِّدٍ مُقِرٍّ بِهِ وَلَمْ يُقْبَلْ دَعْوَاهَا الْغَصْبَ بِلاَ قَرِينَةٍ يُرْجَمُ الْمُكَلَّفُ الْحُرُ الْمُسْلِمُ إِنْ أَصَابَ بَعْدَهُنَّ بِنِكَاحٍ لاَزِمٍ صَحَّ بِحِجَارَةٍ مُعْتَدِلَةٍ وَلَمْ يَعْرِفْ بُدَاءَةَ الْبَيِّنَة ثُمَّ الإِمَامُ.

متن الحطاب 294 ص: أو مكرهة ش: تصوره ظاهر./

فرع: قال في الطراز في أواخر الجزء الثالث في ترجمة تفسير الطلاق وما يلزم من ألفاظه: قال ابن عبد الغفور: ويقال إن عبد الله بن عيسى سئل عن جارية بكر زوجها [أبوها[1789]] فابتنى بها زوجها فأتت بولد لأربعة أشهر فذكر ذلك لها فقالت إني كنت نائمة فانتبهت لبلل بين فخذي، وذكر الزوج أنه وجدها عذراء، فأجاب فيها إنه لا حد عليها إذا كانت معروفة بالعفاف وحسن الحال ويفسخ النكاح، ولها المهر كاملا، إلا أن تكون علمت بالحمل وغرت فلها قدر ما استحل منها. انتهى من الاستغناء.اهـ كلام الطراز.

ص: **وثبت بإقراره [وإن[1790]] مرة إلا أن يرجع مطلقا** ش: أي سواء رجع إلى ما يعذر به أو أكذب نفسه من غير أن يبدي عذرا. قال الشارح: وإليه أشار بالإطلاق، فإن أنكر الإقرار فإن إنكاره كتكذيب نفسه على قول ابن القاسم الذي مشى عليه المؤلف إنه يقبل رجوعه ولو كان لغير شبهة.

295 قاله في التوضيح في باب الزنى وفي باب الشهادات. والله أعلم./

ص: [**يرجم**[1791]] **المكلف الحر المسلم إن أصاب بعدهن بنكاح لازم صحيح** ش: هذه شروط الرجم، ويعني أن الرجم إنما يكون بشرط كون الزاني مكلفا أي عاقلا بالغا حرا مسلما أصاب أي وطئ بعدهن أي بعد حصول هذه الصفات له بنكاح أي في نكاح لازم صحيح؛ يريد إصابة صحيحة فلا رجم على مجنون ولا على غير بالغ ولا على عبد ولا على كافر ولا على من لم يتزوج أو تزوج [ولم يطأ أو تزوج[1792]] ووطئ في نكاح غير لازم كالنكاح الذي فيه خيار كنكاح العبد ذي العيب أو تزوج ووطئ في نكاح فاسد يفسخ قبل البناء وبعده أو تزوج ووطئ وطئا غير صحيح، وهو الوطء الممنوع كالوطء في الحيض والنفاس والإحرام والاعتكاف. والله أعلم.

تنبيه: قال في النوادر: قال محمد: وإن تأيمت المرأة بعد إحصانها أو الرجل أو كانا على نكاحهما فقد وجب عليهما الإحصان، وصرح بذلك أيضا في مختصر الوقار.

ص: **ولم يعرف بداءة البينة ثم الإمام** ش: انظر لم لم يتعرض المصنف إلى حضور جماعة للحد،

الحديث ....

[1789] – ساقط من المطبوع ومايابى207 ويحيى ص130 ويم ص111 وم ص94 وما بين المعقوفين من ن عدود ص292.

[1790] – ساقط من المطبوع ومايابى207 (ويحيى ص130 بإقراره) (ويم ص111 بإقرار) وما بين المعقوفين من ن عدود ص294 (وم ص94 بإقرار).

[1791] *– في المطبوع ويرجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1792] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص130 ويم ص111 وم ص94 ومايابى208.

نص خليل ....

متن الحطاب

وقد قال الله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وقال ابن عرفة في باب اللعان: وفيها بمحضر من الناس. ابن محرز: لأنه حكم إمام بما فيه حقوق كثيرة فوجب أن [يحضره[1793]] من يشهد عليه؛ لقوله تعالى في الزانيين: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ وأقلها عند مالك أربعة. انتهى. وقال ابن العربي في آية النور: المراد بالآية توبيخ الزناة والتغليظ عليهم ليرتدعوا؛ لأنه كلما كثرت الطائفة [في حضورهم[1794]] كان أغلظ، واختلف في أقل ما يجزى فقال الحسن عشرة، وقال ربيعة ما زاد على الأربعة، وقيل أربعة. ذكره جماعة عن المذهب، وهو قول أبي زيد، ورأى أن هذا كشهادة الزنا، وقال عطاء والزهري ثلاثة، وقيل [اثنان،[1795]] وحكى بعضهم ذلك عن عطاء، وهذا قول مالك المشهور وقيل يجزىء الواحد. اهـ.

وقال ابن بكير في أحكامه التي رواها عن مالك: قال مالك: الطائفة هاهنا أربعة يحضرون جلد الزاني البكر ليعلم أنه محدود في الزنى، فإن قذفه قاذف لم يحد لأنه ثبت أنه محدود في زنى ولا يجزي في ذلك دون أربعة شهداء، وقال في الجواهر في باب اللعان: يحضر أربعة فأكثر لقوله تعالى في الزنى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ فيحضرون هنا بجامع التغليظ ولأن قطع الأنساب وفساد الأعراض أمر عظيم فيغلظ في سببه. انتهى. ونقله في الذخيرة.

وقال القاضي عبد الوهاب في المعونة: وينبغي للإمام أن يحضر الحد طائفة من المؤمنين الأحرار العدول لقوله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾، وكذلك السيد في إقامة الحد على عبده وأمته، والطائفة أربعة فصاعدا، والفائدة في ذلك أنه إن قذفه [قاذف[1796]] [وطالب[1797]] بحد قاذفه أمكن قاذفه التخلص من ذلك [بإحضار[1798]] من شهد حده. انتهى. وقال في التلقين: وينبغي للإمام إحضار طائفة من المؤمنين للحد وأقلهم أربعة ممن تقبل شهادتهم. اهـ. ونحوه في الجلاب، وقال في مختصر عيون المجالس: يستحب للإمام أن يحضر في إقامة الحد في الزنى طائفة من المؤمنين كما قال تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾ والطائفة عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي أربعة فصاعدا، وروي عن ابن عباس واحد فما فوقه، وذهب عطاء وأحمد بن حنبل إلى أن [الطائفة[1799]] هنا اثنان فصاعدا، وذهب الزهري إلى أنها ثلاثة، وذهب الحسن إلى أنها عشرة. انتهى. وقال القرطبي في قوله تعالى: ﴿ وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين ﴾: قيل لا يشهد التعذيب إلا من لا يستحق التأديب قال مجاهد رجل فما فوقه إلى الألف، وقال ابن أبي زيد لا بد من حضور أربعة

الحديث ....

1793 – في المطبوع يحضر وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص130 ويم ص111 وم ص94 ومايابى208.

1794 – في المطبوع ومايابى خصومهم وما بين المعقوفين من يم ويحيى وم95.

1795 *– في المطبوع اثنين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1796 *– في المطبوع قاذفه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى474.

1797 *– في المطبوع وطالبه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى474.

1798 – في المطبوع وباحضار وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص131 ويم ص111 وم ص95 ومايابى208.

1799 – في المطبوع الطائفتين وما بين المعقوفين من ن عدود ص295 ويحيى ص131 ويم ص111 وم ص95.

نص خليل

كَلاَئِطٍ مُطْلَقًا وَإِنْ عَبْدَيْن أَوْ كَافِرَيْن وَجُلِدَ الْبِكْرُ الْحُرُّ مِائَةً وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ وَإِنْ قَلَّ وَتَحَصَّنَ كُلٌّ دُونَ صَاحِبِهِ بِالْعِتْقِ وَالْوَطْءِ بَعْدَهُ وَغُرِّبَ الْحُرُّ الذَّكَرُ فَقَطْ عَامًا وَأَجْرُهُ عَلَيْهِ وَإِن لَّمْ يَكُن لَهُ مَالٌ فَمِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَفَدَكٍ وَخَيْبَرَ مِنَ الْمَدِينَةِ فَيُسْجَنُ سَنَةً وَإِنْ عَادَ أُخْرِجَ ثَانِيَةً وَتُؤَخَّرُ الْمُتَزَوِّجَةُ لِحَيْضَةٍ وَبِالْجَلْدِ اعْتِدَالُ الْهَوَاءِ وَأَقَامَهُ الْحَاكِمُ وَالسَّيِّدُ إِنْ لَمْ يَتَزَوَّجْ بِغَيْرِ مِلْكِهِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ وَإِنْ أَنْكَرَتِ الْوَطْءَ بَعْدَ عِشْرِينَ سَنَةً وَخَالَفَهَا الزَّوْجُ فَالْحَدُّ وَعَنْهُ فِي الرَّجُلِ يَسْقُطُ مَا لَمْ يُقِرَّ بِهِ أَوْ يُولَدْ لَهُ وَأُوِّلاَ عَلَى الْخِلاَفِ أَوْ لِخِلاَفِ الزَّوْجِ فِي الأُولَى فَقَطْ أَوْ لأَنَّهُ يَسْكُتُ أَوْ لأَنَّ الثَّانِيَةَ لَمْ تَبْلُغْ عِشْرِينَ تَأْوِيلاَتٌ.

متن الحطاب

قياسا على الشهادة على الزنا، وأن هذا باب منه، وهو قول مالك والليث والشافعي وقال عكرمة وعطاء لا بد من اثنين، وهذا مشهور قول مالك فرآها موضع شهادة، وقال الزهري: ثلاثة لأنه أقل الجمع. ثم قال: واختلف في المراد بحضور الجماعة هل المقصود بها الإغلاظ على الزناة والتوبيخ والردع، أو الدعاء لهما بالتوبة والرحمة؟ قولان للعلماء. انتهى. ويفهم من كلام القرطبي/ هذا ومن كلام ابن بكير أن الجماعة إنما يطلب حضورها في الجلد لا في الرجم. والله أعلم.

296

ص: كلائط مطلقا ش: يعني أن اللائط حكمه الرجم مطلقا، سواء كان محصنا أو غير محصن، فإن كانا بالغين رجما معا، وإن كانا غير بالغين فلا رجم عليهما، وإن كان الفاعل بالغا والمفعول به غير بالغ فليرجم الفاعل، وإن كان الفاعل غير بالغ والمفعول به بالغا فلا يرجم الفاعل، وانظر حكم المفعول به فلم أر فيه نصا صريحا. وقال الجزولي: انظر ذلك، والظاهر أنه لا يرجم؛ لأن وطء غير البالغ كلا وطء، ألا ترى أن الكبيرة إذا وطئها صغير لا تحد كما صرح به المصنف في باب الزنا في التوضيح فكذلك هنا. والله أعلم.

فرع: يحد اللائط مطلقا، سواء فعل ذلك بملكه أو بغير ملكه. قاله الجزولي وهو ظاهر.

فرع: قال ابن الفرس في سورة الأعراف: وأما إن لاط الرجل بنفسه فأولج في دبره فعندنا أنه لا حد فيه، وأنه يعزر، وقيل يقتل كما لو لاط بغيره وهو أحد أقوال الشافعي، وقيل هو كالزاني في الإحصان [وغير الإحصان،[1800]] وهو أيضا أحد أقوال الشافعي، والحجة لمالك أن الآية نزلت في قوم يفعل بعضهم ببعض فينبغي أن يقتصر في العقوبة والنازلة في ذلك على موضعها، ولا يتعدى إلى غيرها إلا أن يدل دليل. انتهى.

ص: وتؤخر المتزوجة لحيضة ش: قال ابن الحاجب: وينتظر وضع حملها والاستبراء في ذات الزوج. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: وانظر هل هو حيضة وهو الأقرب، أو ثلاث حيض؟ خليل بل القاعدة أن الحرة لا تستبرأ إلا بثلاث حيض. انتهى.

قلت: قد تقدم في باب الردة أن مالكا نص في الموازية على أنها تستبرأ بحيضة وحكم البابين واحد، ولعل المصنف إنما جزم بذلك لما ذكرناه. والله أعلم. /

297

ص: وأقامه الحاكم والسيد ش: قال ابن الحاجب: والسيد في رقيقه في حد الزنا والخمر والقذف. قال في التوضيح: احترز من السرقة وغيرها فلا يقيمها إلا الوالي. قال في المدونة: لأن ذلك ذريعة إلى

الحديث

....

[1800] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص296 ويحيى ص131 ومايابى209.

نص خليل

وَإِنْ قَالَتْ زَنَيْتُ مَعَهُ فَادَّعَى الْوَطْءَ وَالزَّوْجِيَّةَ أَوْ وُجِدَا بِبَيْتٍ وَأَقَرَّا بِهِ وَادَّعَيَا النِّكَاحَ أَوِ ادَّعَاهُ فَصَدَّقَتْهُ هِيَ وَوَلِيُّهَا وَقَالاَ لَمْ نُشْهِدْ حُدَّ.

متن الحطاب

أن يمثل بعبده ويدعي أنه سرق. انتهى. وقال في المدونة: ولا بأس أن يقيم السيد على مملوكه حد الزنا والقذف وحد الخمر. أبو الحسن: في الحديث: {أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم[1]} وهو محمول على الوجوب، وقال أبو محمد ويقيم الرجل على عبده وأمته حد الزنا، وهذه العبارة أصرح لأنه وإن كان لفظها لفظ الخبر فمعناها الأمر وقوله في الكتاب: لا بأس لما يتوهم أن به البأس وأن الحدود [لا[1801]] يقيمها إلا الإمام، وقد قال فيمن اشترى جارية وقد زنت عند البائع ليس بواجب على المبتاع أن يحدها مفهومه لو زنت عنده [كان عليه واجبا[1802]] أن يحدها. انتهى. وقوله: [والسيد[1803]] سواء كان رجلا أو امرأة. قاله الجزولي في شرح الرسالة وغيره، وذكر البرزلي عن التونسي فيمن زنت أمته أن عليه أن يقيم عليها الحد. قال البرزلي: وظاهر المدونة والرسالة جواز إقامة السيد الحد على عبده لا وجوبه. والله أعلم.

فرع: وإذا أقام الحد فيحضر في الزنا أربعة نفر وفي الخمر والقذف رجلين. قال مالك: لأنه عسى أن يعتق ويشهد بين الناس [فيجد من يشهد عليه ما[1804]] ترد به شهادته. نقله أبو الحسن وغيره.

فرع: قال أبو الحسن: قوله والقذف ظاهره، ولا مقال للمقذوف إن قال السيد لا أرضى إلا بإقامة الإمام الحد، [وتردد[1805]] فيه الشيخ. انتهى. وقال ابن عسكر في العمدة: ولا يقيم الحد على الأحرار إلا السلطان ﴿وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين﴾ انتهى.

ص: وإن قالت زنيت معه وادعى الوطء والزوجية أو وجدا ببيت وأقرا به وادعيا النكاح أو ادعاه فصدقته ووليها وقالا لم نشهد حدا ش: جواب الشرط قوله: "حدا" وهذا راجع إلى المسائل الثلاث، والمسألتان الأوليان في كتاب الحدود من المدونة، ونصه: وإذا قالت المرأة زنيت مع هذا الرجل وقال الرجل هي زوجتي قد وطئتها، أو وجدا ببيت فأقرا بالوطء وادعيا النكاح، فإن لم يأتيا ببينة حدا. انتهى. أبو الحسن: معنى المسألة الثانية إذا لم يكونا طارئين، وأما الأولى فسواء كانا طارئين أم لا.انتهى. وقال أشهب في الأولى لا حد عليه؛لأنه لم يعترف بوطء إلا في نكاح، وتحد هي، بخلاف المسألة الثانية إذا وجد مع امرأة وادعى نكاحها؛ لأنه/ [أخذ[1806]] فهو يدفع عن نفسه وسوى بينهما ابن القاسم. قاله في الذخيرة، وقاله أيضا أبو الحسن، وأما [الثالثة[1807]] فهي في

298

الحديث

1 – أبو داود في سننه، كتاب الحدود، رقم الحديث4473.

1801 – في المطبوع ألا يقيمها وما بين المعقوفين من ن عدود ص297 ويحيى ص131 ويم ص112 وم ص95 ومايابى209.

1802 – في المطبوع عنده عليه كان عليه واجبا وما بين المعقوفين من ن عدود ص297 ويحيى ص131 ويم ص112 وم ص95 ومايابى209.

1803 *– في المطبوع السيد وما بين المعقوفين من يحيى474.

1804 – في المطبوع فيحد من يشهد عليه بما وما بين المعقوفين من سيد40 ويم133 ويحيى474.

1805 *– في المبطبوع وترجم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في يحيى474.

1806 – في المطبوع أقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويحيى ص131 ويم ص112 وم ص95 ومايابى210.

1807 – في المطبوع الثانية ويم ص133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويحيى ص131 وم ص95 ومايابى210.

نص خليل **بابٌ قَذْفُ الْمُكَلَّفِ حُرًّا مُسْلِمًا بِنَفْيِ نَسَبٍ عَنْ أَبٍ أَوْ جَدٍّ لاَ أُمٍّ.**

متن الحطاب كتاب القذف، ونصها: ومن وطىء امرأة وادعى نكاحها وصدقته هي ووليها، وقالوا عقدنا النكاح ولم نشهد ونحن نريد أن نشهد الآن فعلى الرجل والمرأة الحد إلا أن يقيما بينة غير الولي، وإن حددتهما وهما بكران [فأرادا[1808]] أن يحدثا إشهادا على ذلك النكاح، ويقيما عليه لم يجز حتى تستبرأ من ذلك الماء. انتهى. ويريد المؤلف ويجددا نكاحا، فإن النكاح يفسخ بطلاق كما تقدم في النكاح، ويريد المؤلف إذا لم يحصل فشو، أما إذا حصل فإنه يسقط الحد كما قال في باب النكاح، وقال الشارح هنا في المسألة الثالثة بعد قوله: إلا أن يقيما بينة غير الولي للتهمة، وإن جلدا انتفى النكاح بلا استبراء. انتهى. ولا أدري ما معنى هذا الكلام مع قوله بعده. ابن القاسم: ويأتنفا نكاحا جديدا بعد الاستبراء. والله أعلم.

ص: **باب قذف المكلف حرا مسلما بنفي نسب عن أب أو جد** ش: قال ابن عرفة: القذف الأعم نسبة آدمي غيره لزنا أو قطع نسب مسلم، والأخص بإيجاب الحد نسبة آدمي مكلف غيره حرا عفيفا مسلما بالغا أو صغيرة تطيق الوطء لزنا أو قطع نسب مسلم، فيخرج قذف الرجل نفسه. انتهى.

قلت: حده الأخص غير مانع لدخول قذف المجنون فيه، وقال في التوضيح: لا حد على من قذف مجنونا إذا كان جنونه من حين بلوغه إلى حين قذفه ولا يتخلله إفاقة. اللخمي: لأنه لا معرة عليه لو صح فعل ذلك منه، وأما إن بلغ صحيحا ثم جن، أو كان يجن ويفيق فإن قاذفه يحد، وكذلك المجبوب إذا كان جبه قبل بلوغه [لأنه[1809]] يعلم كذب قاذفه فلم تلحقه معرة، وإن كان جبه بعد بلوغه حد، وكذلك الحصور الذي ليس معه آلة النساء. انتهى. وقال ابن عرفة: وفيها في أوائل الرجم ويحد قاذف المجنون وكان يجري لنا مناقضتها بقولها في القذف كل ما لا يقام فيه الحد ليس على من رمى [به[1810]] رجلا حد الفرية، ويجاب بحمل قولها في الرجم على المجنون الذي يفيق أحيانا. انتهى.

وقال أبو الحسن: قوله في المدونة ويحد قاذف المجنون معناه أنه بلغ صحيحا ثم جن. انظر بقية كلامه. وظاهر كلام المؤلف رحمه الله يقتضي أن من نفى عبدا عن [نسبه[1811]] لا حد عليه ولو كان أبواه حرين وليس كذلك. قال فيها: ومن قال لعبده وأبواه حران مسلمان لست لأبيك ضرب سيده الحد فإن كان أبوا العبد ماتا ولا وارث لهما أو لهما فللعبد أن يحد سيده، وفي الاكتفاء بإسلام أبيه دون أمه خلاف فيها أن من قال لعبده لست لأبيك، وأبوه مسلم وأمه كافرة أو أمة فتوقف فيها مالك. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يحد لأنه حمل [أباه[1812]] على غير أمه.

الحديث ....

[1808] – في المطبوع فأراد ويحيى ص131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص95 ومايابى210.

[1809] – في المطبوع ويحيى ص132 لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص95 ومايابى210.

[1810] *– في المطبوع ربه وما بين المعقوفين من م95 ومايابى210 ويم133 وسيد40.

[1811] – في المطبوع نفسه وما بين المعقوفين من ن ذي ص298 ومايابى210 ويم133 ويحيى475 وم96.

[1812] *– في المطبوع أبوه والمثبت من ن عدود ص298 يحيى476 ويم133 وم96 ومايابى211.

نص خليل وَلاَ إن نُبِذَ.

متن الحطاب **فرع:** قال في المسائل الملقوطة: إذا قذف [حر عبدا[1813]] أو نصرانيا فطلب العبد تعزير قاذفه فليس للعبد في مثل هذا تعزير، وينهى قاذفه [أن يؤذيه،[1814]] فإن كان رجلا فاحشا معروفا بالأذى عزر وأدب عن أذى العبد وغيره. انتهى. وقال في النوادر: يؤدب قاذف العبد والكافر لإذايته له.

مسألة: إذا قال الشخص لولده لست بولدي فإن أراد أنه في قلة طاعته له ليس كالأولاد حلف على ذلك وأنه لم يرد النفي عن النسب ولا شيء عليه، وإن نكل [أو أراد[1815]] نفي نسبه كان في كلامه قطع نسب الولد وقذف لأمه، فأما قطع نسب الولد فالراجح أنه لا يحد لولده، ويظهر ذلك من مسألة كتاب القذف من المدونة فيمن قال لبنيه ليسوا [بولدي،[1816]] ويدل له أيضا أنه لم يجعل على الأب حدا فيما إذا انتفى من حمل أمته ثم استلحقه، وسيأتي في الكلام على قول المصنف في آخر الباب: "وله حد أبيه وفسق" أنه مشى على القول/ الضعيف، وعلى القول بأنه يحد لقذف ولده ويفسق [فإنه[1817]] يجوز عفوه عنه وإن بلغ الإمام. قال اللخمي: ولا خلاف في ذلك كما سيأتي بيانه، وأما قذف الأم فإن كانت حية كان لها القيام بذلك، وإن كانت ميتة كان لولدها القيام به فإذا قام به الولد لم يجز عفوه بعد بلوغ الإمام، وتأمل كلام اللخمي وغيره فيمن نفى عبدا عن نسبه وأبواه حران أو أحدهما أو أبواه عبدان أو أحدهما. 299

فرع: فإذا كانت الأم حية لم يكن للولد القيام إلا بطلب من الأم، وكذلك كل من وجب له حد من قذف، وهذا بخلاف الأب. انظر كلام ابن ناجي في شرح قول المدونة: ومن آذى مسلما أدب.

ص: ولا إن نبذ ش: قال في أواخر كتاب العتق الثاني من التنبيهات: اللقيط هو الملتقط حيث وجد وعلى أي صفة وجد في صغره، والمنبوذ الذي وجد منبوذا لأول ما يولد، وقيل اللقيط هو ما التقط من الصغار في الشدائد والغلاء ولا يعلم له أب، وعلى هذا القول ابن القاسم فيمن قذف اللقيط بأبيه حد، ومن قذف بذلك المنبوذ لم يحد، وقال مالك: ما نعلم منبوذا إلا ولد الزنى، وعلى قائلها لغيره الحد، وأراد بعض المشايخ أن يخرج من المدونة خلاف هذا من قوله في الذي استحلق لقيطا أنه لا يلحق به إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إذا طرح عاش، وهذا لا حجة فيه؛ لأن هذا في النادر، وإنما تكلم على ما جرت به العادة أولا، [و[1818]]في هذه على نازلة وقعت شهدت لها دلائل، وإلا فالغالب ما قاله أولا.انتهى. وقوله: "وعلى قائلها لغيره الحد" يعني أن من قال لغيره يا منبوذ فعليه الحد، ولعل بعض المشايخ الذي أشار إليه هو اللخمي،فإنه قال في كتاب العتق الثاني لما

الحديث ....

1813 – في المطبوع حر ان عبدا وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايابى210.

1814 *– في المطبوع أن لا يؤذيه وما بين المعقوفين من مايابى211 وسيد40 ويم133 وم96 ويحيى47.

1815 – في المطبوع وأراد وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايابى211.

1816 – في المطبوع ويحيى ص132 بولد وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص112 ومايابى211.

1817 – في المطبوع بأنه وما بين المعقوفين من يحيى475 وسيد40 ويم133 ومايابى211 وم96.

1818 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص299 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايابى211.

نص خليل أَوْ زِنًا إنْ كُلِّفَ.

متن الحطاب تكلم على اللقيط: وأما نسبه فإن محمله على أنه ذو نسب وأنه لرشدة إلا أنه غير معروف، فإن قال له رجل لا أب لك أو يا ولد الزنى حد له، واختلف إذا استلحقه رجل، فقال في كتاب أمهات الأولاد: لا يقبل قوله ولا يصدق إلا أن يكون لذلك وجه، ثم ذكر الخلاف في ذلك. ثم قال: حكم المنبوذ [حكم اللقيط[1819]] في الحرية والدين واختلف في النسب فجعله ابن حبيب للزنية لا نسب له، وقال: من قذف المنبوذ بأبيه وأمه لم يحد، وقد قيل المنبوذ من نبذ عندما ولد، والشأن إنما يفعل ذلك بمن ولد عن زنى، واللقيط ما طرح عند الشدائد والجدب وليس عندما يولد، ولمالك في المبسوط مثل ذلك فيمن قال لرجل يا منبوذ قال ما نعلم منبوذا إلا ولد الزنى، وأرى على من قال ذلك الحد، وكل هذا خلاف لقول ابن القاسم لأنه قال فيمن استلحق لقيطا لا يقبل قوله إلا أن يعلم أنه ممن لا يعيش له ولد، وسمع الناس يقولون إنه إذا طرح عاش وهذا إنما يفعل عند الولادة. انتهى.

وقال ابن عرفة في آخر باب اللقطة لما تكلم على اللقيط: وأطلق عليه ابن شعبان لفظ منبوذ وترجم على أحكامه في الموطإ بالقضاء في المنبوذ، وفي صحاح الجوهري: المنبوذ اللقيط، ثم ذكر كلام اللخمي. فتحصل من هذا أن المنبوذ هو من طرح عند ولادته وأن اللقيط من طرح بعد ذلك، وأنه قد يطلق على اللقيط أنه منبوذ إذا علم ذلك، فقول المصنف: "ولا إن نبذ" الذي يظهر من معناه أن من [نفى[1820]] منبوذا عن أب أو جد لا حد عليه، ولا إشكال في ذلك؛ لأنه لا أب له ولا جد إذ لا نسب له هذا إن كان معناه أنه قال لست ابن فلان، وأما إن كان معناه أنه قال لا أب لك أو يا ولد زنى فهذا يأتي على ما ذكره اللخمي عن مالك في المبسوط وعن ابن حبيب، وما حكاه عياض عن ابن القاسم وإن كان خلاف ما ذكره ابن رشد في البيان، وحكاه عنه ابن غازي، وأما ما ذكره الشارح والمحشي في تفسير كلام المصنف، وأن معناه إذا قال للمنبوذ يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية فبعيد؛ لأن كلام المصنف في النفي عن النسب، لا في قذف أبي المنبوذ أو أمه فتأمله. ولا شك أنه إذا قلنا لا حد على من قال للمنبوذ ليس لك أب،أو يا ولد الزنى فلا حد على من قال له يا ابن الزاني أو يا ابن الزانية؛ والعلة/ في ذلك كونه ولد زانية [لا أن[1821]] أباه وأمه غير معروفين؛ لأن هذه العلة موجودة في اللقيط، وقد نص ابن رشد على أن من قال له يا ابن الزاني ويا ابن الزانية أن عليه الحد فتأمله. 300

تنبيه: ما نقله ابن غازي عن ابن عرفة في المحمولين لم أقف عليه في كلام ابن عرفة في كتاب القذف ولا في اللقيط ولا غيره فانظره.

ص: أو زنى ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

فرع: لو قذفه بالزنى ثم أثبت أنه زنى في حال الصبا أو في حال الكفر لم ينفعه ذلك؛ لأن هذا [لا يثبت[1822]] عليه اسم زنى، بخلاف ما إذا ثبت عليه أنه زنى في حال رقه، فإن اسم الزنى لازم له.

الحديث ....

[1819] – في المطبوع حكم الملقوط اللقيط وما بين المعقوفين من ن عدود ص299 ويم ص112 وم ص96 ويحيى ص132 ومايابى211.

[1820] – في المطبوع بقي وما بين المعقوفين من ن عدود ص299 ويم ص113 وم ص96 ويحيى ص132 ومايابى212.

[1821] *– في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1822] – في المطبوع ثبت وما بين المعقوفين من ن عدود ص298 ويم ص113 وم ص96 ويحيى ص133 ومايابى212.

نص خليل

وَعَفٌّ عَنْ وَطْءٍ يُوجِبُ الْحَدَّ بِآلَةٍ وَبَلَغَ كَأَنْ بَلَغَتِ الْوَطْءَ أَوْ مَحْمُولاً وَإِنْ مُلاَعَنَةً وَابْنَهَا أَوْ عَرَّضَ غَيْرُ أَبٍ إنْ أَفْهَمَ يُوجِبُ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَإِنْ كَرَّرَ لِوَاحِدٍ أَوْ جَمَاعَةٍ إلاَّ بَعْدَهُ وَنِصْفَهُ عَلَى الْعَبْدِ كَلَسْتُ بِزَانٍ أَوْ زَنَتْ عَيْنُكَ أَوْ مُكْرَهَةً أَوْ عَفِيفُ الْفَرْجِ أَوْ لِعَرَبِيٍّ مَا أَنْتَ بِحُرٍّ أَوْ يَا رُومِيٌّ كَأَن نَّسَبَهُ لِعَمِّهِ بِخِلاَفِ جَدِّهِ وَكَأَنْ قَالَ أَنَا نَغِلٌ أَوْ وَلَدُ زِنًا.

متن الحطاب

نقله ابن عرفة، وهذا مستفاد من قول المصنف: "وعف عن وطء يوجب الحد" ويخرج به ما إذا ثبت عليه أنه وطىء بهيمة.

فرع: فلو قذف رجلا فارتد المقذوف لم يحد قاذفه ولو رجع إلى الإسلام، كمن قذف رجلا بالزنى فلم يحد له حتى زنى المقذوف فلا يحد قاذفه. نقله ابن عرفة عن المدونة. ومنه يعلم أنه إذا ثبت على المقذوف زنى فلا حد على قاذفه ولو قذفه بزنى غير الزنى الذي ثبت عليه.

ص: وعف ش: أي يشترط في وجوب حد القذف أن يكون المقذوف عفيفا، ولم يفسر الشارح العفاف، وقال ابن الحاجب: العفاف أن لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى بخلاف السارق والشارب. قال في التوضيح: هكذا نقل في الجواهر عن الأستاذ فقال: ومعنى العفاف أن لا يكون معروفا بالقيان ومواضع الفساد والزنى، فلو قذف معروفا بالظلم والغصب والسرقة وشرب الخمر وأكل الربا والقذف يحد له إذا كان غير معروف بما ذكرنا، ولم يثبت عليه ما رمى به، فإن ثبت أو كان معروفا بذلك لم يحد قاذفه.

قال ابن عبد السلام وغيره: ومقتضى مسائل المذهب خلافه وأنه لا يخرجه من الحد إلا أن يكون ممن حد في الزنى أو ثبت عليه وإن لم يحد له، واختلف إذا أقام شاهدين على إقراره بالزنى بناء على أنه هل يثبت الإقرار بشاهدين أم لا؟ انتهى كلام التوضيح. وقال ابن عرفة: وعفاف المقذوف الموجب حد [قاذفه مسائل[1823]] المدونة وغيرها واضحة [بأنه[1824]] السلامة من فعل الزنى قبل قذفه وبعده ومن ثبوت حده لاستلزامه إياه. ثم قال: قال ابن شاس: قال الأستاذ أبو بكر ثم ذكر كلامه المتقدم. ثم قال: قلت: وظاهر نصوص المذهب خلافه. انتهى. وما قاله ابن عرفة والشيخ خليل وابن عبد السلام هو الظاهر، وقد قال ابن الحاجب ويسقط الإحصان بثبوت كل وطء يوجب الحد قبل القذف وبعده ولو كان عدلا.

قال في التوضيح: قوله ويسقط الإحصان المشترط هنا لا في الرجم بثبوت كل وطء يوجب الحد، فيخرج وطء البهيمة ووطء الشبهة قبل القذف وبعده؛ أي قبل الحد أو بعده ولا يعود إليه الإحصان. ثم قال: ولا يعود العفاف أبدا ولو تاب وحسنت حاله، وقوله: "بثبوت" يقتضي أنه لا يسقط إلا بذلك، وهو خلاف ما فسر به العفاف فانظره.انتهى. وعليه فلا شك أن الشخص محمول على العفاف حتى يثبت عليه القاذف أنه غير عفيف. والله أعلم.

تنبيه: يفهم من الكلام السابق في تعريف العفاف ما تقدم التنبيه عليه من أن المقذوف إذا حد في زنى أو ثبت عليه زنى لا حد على قاذفه ولو قذفه بغير الزنى الذي ثبت عليه. والله أعلم. قال في النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على القاذف: وقال مالك: ومن قذف من جلد في زنى لم يحد. قاله ابن القاسم ويؤدب بإذاية المسلمين. انتهى. وقال أيضا: من قذف إنسانا ثم أثبت أنه حد فسقط الحد عن القاذف فلا بد من أدبه لإذايته للمقذوف.انتهى./ 301

ص: **وإن ملاعنة** ش: قال في مختصر الوقار: ومن قال لابن ملاعنة لست لأبيك الذي لاعن أمك

الحديث ....

[1823] - في المطبوع قادفه في مسائل ويحيى ص133 وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 ويـم ص113 وم ص96 ومايابى212.

[1824] - في المطبوع بأن وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 ويم ص113 وم ص96 ويحيى ص133 ومايابى212.

نص خليل

أَوْ كَيَا قَحْبَة أَوْ قَرْنَانُ أَوْ يَا ابْنَ مُنَزِّلَةِ الرُّكْبَانِ أَوْ ذَاتِ الرَّايَةِ أَوْ فَعَلْتُ بِهَا فِي عُكَنِهَا لاَ إِن نَسَبَ جِنْسًا لِغَيْرِهِ وَلَوْ أَبْيَضَ لأَسْوَدَ إِن لَّمْ يَكُنْ مِنَ الْعَرَبِ أَوْ قَالَ مَوْلًى لِغَيْرِهِ أَنَا خَيْرٌ أَوْ مَا لَكَ أَصْلٌ وَلاَ فَصْلٌ أَوْ قَالَ لِجَمَاعَةٍ أَحَدُكُمْ زَانٍ وَحُدَّ فِي مَأْبُونٍ إِنْ كَانَ لاَ يَتَأَنَّثُ.

متن الحطاب

فعليه الحد، وإن قال يا منفي يا ابن ملاعنة يا ابن من لوعنت فلا حد عليه في جميع ذلك. انتهى. وقاله في كتاب اللعان من النوادر، وقال إنه يعزر. والله أعلم.

ص: أو كيا قحبة ش: قال في القاموس: القحب المسن والعجوز قحبة، والذي يأخذه السعال، وقد قحب يقحب كنصر قحبا [وقحابا[1825]] وقحب تقحيبا، وسعال قاحب شديد، والقحبة الفاسدة الجوف من داء والفاجرة لأنها تسعل وتنحنح أي ترمز به، وبه قحبة أي سعال. انتهى. وفي الصحاح: القحاب سعال الخيل والإبل وربما جعل للناس، والقحبة كلمة مولدة. انتهى. وفي كتاب الأفعال لأبي مروان عبد الملك عن طريف القرطبي المشهور قحب الشيء قحابا سعل، ومنه سعال قاحب وقحب الكلب والبعير سعلا، وأصل القحاب فساد الجوف فقد يكون اشتقاق القحبة من القحاب الذي هو فساد الجوف، وقد يكون أيضا من القحاب الذي هو السعال؛ كأنها تستعمل السعال علامة بينها وبين الذي يسافحها، وأهل اليمن يسمون المرأة المسنة قحبة. انتهى./ 302

ص: أو مالك أصل ولا فصل ش: تصوره ظاهر.

فرع: قال في سماع أبي زيد من كتاب القذف: وقال: يعني ابن القاسم من قال لرجل في مشاتمة ما أعرف أباك وهو يعرفه ضرب الحد ثمانين. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه قد [نفى أن[1826]] يكون أبوه هو الذي يعرفه، فقد قطع نسبه ونفاه عنه. انتهى. وذكره في النوادر، وقال بعده: ومن كتاب ابن المواز قال مالك فيمن قال لرجل ما أعرف أباك، فما أنكر ما قال فليرفعه إلى السلطان. قال محمد: ولو قال ما يعرف أبوك لحد.انتهى. وانظر ما معنى قوله فما أنكر ما قال، ولعله يعني أنه قال ما أردت بذلك قذفا ولكني لا أعرف أباه حقيقة.

سئلت عن رجل قال لشريف ما أنت شريف، وأنا سمعت جدك يقول ما أنا شريف فأظهر المدعي [مثبوتا بالشرف[1827]] فأجبت بأني لا أعرف فيها نصا، والذي يظهر أنه إذا لم يكن الرجل معروفا بالشرف ولم يكن علم بثبوت شرفه وقال ما قال معتمدا على ما سمع من جده فإنه لا حد عليه، ويحلف بالله أنه لم يعلم بذلك، وكان الجواب في مجلس القاضي باللسان، ووافق على ذلك من حضر وأسقط المدعي حقه من اليمين واصطلحوا. والله الموفق. وهذا يشبه ما ذكر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف في رجل تزوج شريفة مشهورة بالشرف فوقع بينهما منازعة فقيل له على وجه النصح تفعل هذا بشريفة من أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم؟ فقال: الزوج هي شريفة بالنسب وأنا شريف بالحسب، وأنا أحسن منها وأبي أحسن من أبيها وجدي أحسن من جدها وبلدي أحسن من بلدها

الحديث ....

[1825] – في المطبوع أو قحابا وما بين المعقوفين من ن عدود ص300 ويم ص113 وم ص97 ويحيى ص133 ومايابى213.

[1826] – ساقط من الأصل ويم ص113(أنه قد نفى أن) قد يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص302 وم ص97 ويحيى ص133 ومايابى213.

[1827] *– في يحيى476 ثبوت الشرف.

نص خليل وَفِي يَا ابْنَ النَّصْرَانِيِّ أَوِ الأَزْرَقِ إن لَّمْ يَكُنْ فِي آبَائِهِ كَذَلِكَ وَفِي مُخَنَّثٍ إن لَّمْ يَحْلِفْ.

متن الحطاب وقامت البينة عليه بمقالته واعترف في مجلس الحكم بذلك، فسئل عما أراد بقوله، فقال إن أبي كان خطيبا وجدي كان خطيبا وأبوها وجدها ليسا كذلك إنه لا يقتل ويؤدب، وموجب القياس أن قوله جدي أحسن من جدك يوجب ظاهره قتل قائله؛ لاشتماله على التنقيص الموجب لذلك، لكن يوجب إلغاء إيجابه لذلك لاحتمال صدق لفظه على جد لا يوجب صدقه عليه مثله، والاحتمال في النازلة المذكورة فيما بينه من خطابة جده دون جدها إن كان في قوله ذلك صادقا فدليل أدبه واضح فلا يحتاج إلى بيان. انتهى.

فائدة: أول ما حدث تمييز الأشراف بالشطبة الخضراء في سنة ثلاث وسبعين وستمائة أمر بذلك السلطان الأشرف شعبان. ذكر ذلك ابن حجر في الإنْباء، ونقله عنه السخاوي في مسألة الأشراف له قال: وأنشد في ذلك أبو عبد الله بن جابر:

جعلوا لأبناء الرسول علامة　　إن العلامة شأن من لم يشهر
نور النبوة في كريم وجوههم　　يغني الشريف عن الطراز الأخضر

وقال غيره:

أطراف تيجان أتت من سندس　　خضر بإعلام على الأشراف
والأشرف السلطان خصهم بها　　شرفا لتعرفهم من الأطراف

وذكر ابن حجر أنها كانت علامة بني العباس شطبة سوداء ثم تركت. والله أعلم.

ص: وفي يا ابن النصراني أو الأزرق إن لم يكن في آبائه كذلك ش: يعني أن من قال لرجل مسلم يا ابن النصراني، أو يا ابن اليهودي، أو يا ابن المجوسي فإنه يحد إلا أن يكون في آبائه أحد كذلك فإنه لا حد عليه ولكن ينكل. قاله في المدونة في آخر كتاب القذف، ولم يذكر الشارح ولا المصنف في التوضيح أنه ينكل إذا كان في آبائه أحد كذلك وذلك لوضوحه، ولكن يتعين ذكره لئلا يتوهم أنه لا أدب عليه، وقد قال في المدونة: ومن قذف عبدا أو أم ولد أدب، ومن قذف ذميا زجر عن أذى الناس كلهم ومن قذف نصرانية ولها بنون مسلمون أو زوج مسلم نكل بإذاية المسلمين. قال/ أبو الحسن: انظر هل راعى حق النصرانية أو إنما راعى إذاية المسلمين فيزاد في النكال لحق المسلمين. انتهى. وانظر كلامه في باب اللعان فإنه جزم بأنه إذا كان لها ولد مسلم ينكل نكالا أشد من نكال من لا ولد لها ولا [زوج.[1828]] ثم قال في المدونة: والنكال [على[1829]] قدر ما يرى الإمام، وحالات الناس في ذلك مختلفة، وتقدم عن النوادر في باب المقذوف يرد الجواب على قاذفه قول مالك فيمن قذف من جلد في زنى لم يحد. قال ابن القاسم: ويؤدب بإذاية المسلمين. انتهى. وقال في المدونة: ومن آذى مسلما أدب. قاله بعد قوله ومن قال لرجل يا ابن الأقطع.

303

الحديث

[1828] - في المطبوع ولا زوجة وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

[1829] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص135 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

نص خليل

وَأُدِّبَ فِي يَا ابْنَ الْفَاسِقَةِ أَوِ الْفَاجِرَةِ أَوْ يَا حِمَارُ ابْنَ الْحِمَارِ أَوْ أَنَا عَفِيفٌ أَوْ إِنَّكِ عَفِيفَة أَوْ يَا فَاسِقُ أَوْ يَا فَاجِرُ.

متن الحطاب

ص: وأدب في يا ابن الفاسقة إلى آخره ش: ومثل ذلك يا خائن يا ثور يا آكل الربا يا شارب الخمر يا يهودي يا نصراني يا مجوسي أو يا سارق يا مرائي. قاله في المسائل الملقوطة، وقال في النوادر: إذا قال له يا آكل الربا أو يا شارب الخمر ونحوه فإنه يؤدب وإن كان صادقا، ولا حد عليه في ذلك وإن كان كاذبا. انتهى.

فائدة: تتضمن بيان مقدار الأدب في ألفاظ وأفعال موجبة للأدب. قال في المسائل الملقوطة: قال في المفيد: ومن قال لرجل يا مجرم ضرب خمسة وعشرين، [وكذلك إن قال له يا ظالم ولم يكن كذلك ضرب أربعين، ولو قال له يا سارق ضرب خمسة وعشرين،[1830]] ومن تكلم في عالم بما لا يجب فيه حد ضرب أربعين سوطا، ومن تكلم في أحد بما [لم يكن[1831]] فيه ولم يأت ببينة [أدب،[1832]] وكل من آذى مسلما [بلسانه[1833]] بلفظ يضره ويقصد به أذاه فعليه في ذلك الأدب البالغ الرادع له ولمثله يقنع رأسه بالسوط أو يضرب بالدرة ظهره، وذلك على قدر القائل [و[1834]] سفاهته وقدر المقول فيه ومن لم ينصف الناس في أعراضهم لم ينصفهم في أموالهم. انتهى. ثم قال: وإذا قال الرجل لصاحبه الله أكبر عليك فإنه يعزر إلا أن يعفو عنه خصمه. قاله في الدرر الملتقطة للدميري. [اهـ.[1835]] وهذا من الشافعية. ثم قال: وإذا شتم الأخ أخاه فإن كان الأخ كبيرا وكان شتمه لأخيه على وجه الأدب لم يحد من الطرر.

قال: ورأيت في بعض الكتب سئل بعضهم عن شاتم عمه أو خاله فقال لا أرى عليه في ذلك شيئا، وذلك إذا كان على وجه الأدب. انتهى. والمسألة في سماع ابن القاسم، ونقلها ابن عرفة فراجعها في كتاب القذف، وقال في المسائل الملقوطة عن المفيد أيضا: ومن تكلم بكلمة لغير موجب في أمير من أمراء المسلمين لزمته العقوبة الشديدة ويسجن شهرا، ومن خالف ما حكم به القاضي ولم يرض بالحكم عوقب، إلا أن يتبين الجور، ومن خالف أميرا أو كسر دعوته لزمته العقوبة بقدر اجتهاد الإمام، ومن استهان بدعوة القاضي أو الحاكم ولم يجب ضرب أربعين، وإذا ارتفع الكلام بين الخصمين في مجلس القاضي ضرب كل واحد عشرة أسواط، ومن سرق من الغنيمة دون النصاب ضرب خمسين، ومن تغامز

الحديث ....

[1830] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

[1831] - في المطبوع لا يمكن وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

[1832] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

[1833] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

[1834] - في المطبوع أو وما بين المعقوفين من ن ذي ص303 ويم135 ويحيى477 وم97

[1835] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص97 ويحيى ص134 ومايابى214.

نص خليل وَإِنْ قَالَتْ بِكَ جَوَابًا لِزَنَيْتِ حُدَّتْ لِلزِّنَا وَالْقَذْفِ.

متن الحطاب مع أجنبية أو تضاحك معها ضربا عشرين عشرين؛ [يريد[1836]] إذا كانت طائعة، فإن قبلها طائعة ضربا خمسين [خمسين،[1837]] وإن لم تطعه ضرب وحده خمسين، ومن حبس امرأة ضرب أربعين فإن طاوعته ضربت مثله، ومن أتى بهيمة ضرب مائة، ومن سل سيفا على وجه القتال ضرب أربعين وكان السيف فيئا، وقيل يقتل إن سله على وجه الحرابة، ومن سل سكينا في جماعة على وجه المزاح ضرب عشرة أسواط. ثم قال: ومن سل سيفا على وجه المزاح في جماعة يهددهم به فقد [جفا[1838]] ويضرب عشرين سوطا. انتهى. وانظر هل هو مخالف لما قاله في السكين أم لا [وهو[1839]] الظاهر،

304 وانظر البيان فيمن قال لرجل/ يا كلب في رسم الأشربة من سماع أشهب من كتاب القذف وفيه بيان ذي الهيئة، وفي الرسم الذي بعده مسألة قوله كذبت وأثمت، وذكر ذلك في النوادر في كتاب القذف وابن فرحون في الفصل الحادي والعشرين من القسم الثالث. والله أعلم. وانظر شتم المؤدب والقاضي والشيخ في كتاب الإجارة لابن عرفة والبرزلي في الكلام على [تعليم[1840]] الأولاد.

ص: وإن قالت بك جوابا لزنيت حدت للزنا والقذف ش: قال في المدونة: ومن قال لا مرأة يا زانية فقالت بك [زنيت[1841]] حدت للزنا والقذف، إلا أن ترجع عن الزنا فتحد للقذف فقط، ولا يحد الرجل لأنها صدقته. انتهى. قال أبو الحسن: معناه أن المرأة أجنبية، وقد ذكر ابن رشد المسألة في سماع عيسى في رسم حلف من كتاب القذف وحرر القول فيها، وأن قول ابن القاسم إنه من الأجنبية إقرار بالزنا فتحد له إلا أن ترجع، وقذف للرجل فتحد له، ولا يقبل قولها إنها لم تقصد القذف وإنما قصدت المجاوبة خلافا لأشهب، وأما الزوجة فلا يكون إقرارا منها بالزنا ولا قذفا للزوج؛ لاحتمال أن تريد بذلك إصابة النكاح، وذكر في كل منهما خلافا، قال: وقول ابن القاسم أظهر. والله أعلم. ونسب الشارح في الكبير مسألة الزوجة للمدونة وليست فيها، ولعل في نسخته لامرأته بزيادة الهاء، وليس كذلك في النسخ الصحيحة، وهو الذي يفهم من كلام أبي الحسن، وعلى ما في نسخته مشى في شامله فجعل الأصح أن الزوجة كغيرها وليس كذلك.

فرع: قال في المدونة: ومن قال عند الإمام أو عند غيره زنيت بفلانة فإن أقام على قوله حد للزنا والقذف، وإن رجع عن ذلك حد للقذف، وسقط عنه حد الزنا، وسيأتي عند قول المصنف: "والعفو قبل الإمام" في حد الإمام له للقذف هل هو إذا طلبه المقذوف، أو ولو لم يطلبه؟

الحديث ....

[1836] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص98 ويحيى ص134 ومايابى215.

[1837] - ساقطة من المطبوع ويحيى ص134 وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص98 ومايابى215.

[1838] - في المطبوع أجفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 وم98 ويم135 ويحيى477 ومايابى215

[1839] - في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ز ص303 ويحيى134 ويم114 وم98.

[1840] - في المطبوع تقسيم وما بين المعقوفين من ن عدود ص303 ويم ص114 وم ص98 ويحيى ص134 ومايابى215.

[1841] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص304 ويم ص114 وم ص98 ويحيى ص135 ومايابى215.

نص خليل وَلَهُ حَدُّ أَبِيهِ وَفُسِّقَ وَالْقِيَامُ بِهِ وَإِنْ عَلِمَهُ مِن نَّفْسِهِ.

متن الحطاب **مسألة:** قال القرطبي في سورة النور: قال ابن القصار: إذا قالت امرأة لزوجها أو لأجنبي يا زانية بالهاء، وكذلك الأجنبي للأجنبي فلست أعرف فيه نصا لأصحابنا، ولكنه عندي يكون قذفا، وعلى قائله الحد وقد زاد حرفا، وبه قال الشافعي ومحمد بن الحسن، وقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يكون قذفا، واتفقوا على أنه إذا قال لامرأة يا زان أنه قذف، والدليل على أنه يكون في الرجل هو أن الخطاب إذا فهم منه معناه ثبت حكمه، سواء كان بلفظ أعجمي أو عربي، ألا ترى أنه لو قال لامرأة زنيت بفتح التاء كان قذفا لأن معناه يفهم منه، ولأبي حنيفة وأبي يوسف أنه لما جاز أن يخاطب المؤنث بخطاب المذكر كقوله تعالى: ﴿ وقال نسوة ﴾ صلح أن يكون قوله يا زان للمؤنث قذفا، ولما لم يجز أن يؤنث فعل المذكر إذا تقدم عليه لم يكن لخطابه بالمؤنث حكم. والله أعلم. انتهى. وهي المسألة الثامنة عشر من تفسير ﴿ والذين يرمون المحصنات ﴾

ص: **وله حد أبيه وفسق** ش: هذا القول عزاه ابن رشد في رسم صلى نهارا من سماع ابن القاسم من الأقضية لرواية أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات، ونصه: وقد روى أصبغ عن ابن القاسم في الشهادات أنه يقضى له أن يحلفه وأن يحده ويكون عاقا بذلك، ولا يعذر بجهل وهو بعيد؛ لأن العقوق من الكبائر، ولا ينبغي أن يمكن أحد من ذلك. وقال قبل هذا الكلام: قال مطرف وابن الماجشون وابن عبد الحكم وسحنون: إنه لا يقضى له بتحليفه أيضا، ولا يمكن من ذلك ولا من أن يحده في حد يقع له عليه لأنه من العقوق، وهو مذهب مالك في المدونة في اليمين في كتاب [المديان[1842]] وفي الحد في كتاب القذف، وهو أظهر الأقوال.

وقال في هذا الرسم إن مالكا كره لمن بينه وبين أبيه خصومة أن يحلفه، فقال ابن رشد: هذا يدل من قوله على أن له [أن يحلفه ولا يكون[1843]] عاقا له بتحليفه؛ إذ لا مأثم في فعل المكروه، وإنما يستحب تركه، وهو قول ابن الماجشون في [الثمانية،[1844]] وظاهر قول أصبغ في المبسوط. انتهى. فتحصل في المسألة ثلاثة أقوال.

305 وقد ذكر الشيخ في باب التفليس أنه ليس له أن يحلف أباه إلا المنقلبة [والمتعلق[1845]] / بها حق لغيره فمشى هناك على مذهب المدونة، ومشى هنا على القول الضعيف، وقد استثنى ابن رشد أيضا المنقلبة [والمتعلق[1846]] بها حق للغير [وأخرجها[1847]] من الخلاف. والله أعلم.

ص: **والقيام به وإن علمه من نفسه** ش: يعني أن الإنسان يجوز له أن يقوم بالقذف على من قذفه وإن علم من نفسه أن ما قذفه به صحيح، وأنه فعله صونا لعرضه وسترا على نفسه قال في المدونة في

الحديث ....

[1842] *- في المطبوع الديات وما بين المعقوفين من يحيى477 وم98 ويم135 وسيد41 ومايابى215.

[1843] - في المطبوع أن يكون له عاقا بتحليفه وما بين المعقوفين من ن عدود ص304 (وسيد ولا يكون عاقا له ومايابى215).

[1844] - في المطبوع في اليمانية وما بين المعقوفين من ن عدود ص304 وسيد ومايابى215.

[1845] - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص305.

[1846] - في المطبوع والمتعلقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص305 ومايابى215.

[1847] *- في المطبوع وإخراجهما وما بين المعقوفين من ذي ومايابى215 وصوبه الشيخ محمد سالم ب وأخرجهما وهو الذي في م98.

نص خليل

كَوَارِثِهِ وَإِنْ بَعْدَ مَوْتِهِ مِنْ وَلَدٍ وَوَلَدِهِ وَأَبٍ وَأَبِيهِ وَلِكُلٍّ الْقِيَامُ وَإِنْ حَصَلَ مَنْ هُوَ أَقْرَبُ وَالْعَفْوُ قَبْلَ الإِمَامِ أَوْ بَعْدَهُ إِنْ أَرَادَ سَتْرًا وَإِنْ حَصَلَ فِي الْحَدِّ ابْتُدِئَ لَهُمَا إلاَّ أَنْ يَبْقَى يَسِيرٌ فَيُكَمَّلُ الأَوَّلُ.

باب تُقْطَعُ الْيُمْنَى وَتُحْسَمُ بِالنَّارِ.

متن الحطاب

كتاب القذف: وإن علم المقذوف من نفسه أنه قد زنى فحلال له أن يحده. انتهى.

فرع: قال في المدونة قبل الكلام السابق: ومن قذف رجلا بالزنا فعليه الحد وليس له أن يحلف المقذوف أنه ليس بزان. انتهى. وخالف في ذلك الشافعية وقالوا له أن يحلفه فإن نكل سقط الحد عن القاذف ولم يلزم المقذوف شيء، ووافقونا على أنه لا تلزمه اليمين إذا ادعى عليه بالزنا. والله أعلم.

ص: **كوارثه** ش:

فرع: لو لم يعلم المقذوف بقاذفه حتى مات قام بذلك وارثه إلا أن يمضي من الزمان ما يرى أنه تارك، فلا قيام للوارث فيه. قاله في كتاب الرجم من المدونة.

ص: **والعفو قبل الإمام** ش: وهذا بخلاف التعازير فإنه يجوز فيها الشفاعة والعفو وإن بلغ الإمام كما تقدم في كلام صاحب الإكمال. والله أعلم.

فروع: الأول: لا خلاف في جواز عفو الابن عن [أبويه[1848]] بعد بلوغ الإمام، وكذلك عن جده لأبيه. انظر اللخمي والتوضيح.

الثاني: قال في كتاب الرجم من المدونة: ومن عفا عن قاذفه لم يكن لغيره أن يقوم بحده، وإن رفع القاذف إلى الإمام أجنبي غير المقذوف لم يمكن من ذلك، ولا يحد به؛ لأن هذا لا يقوم به عند الإمام إلا صاحبه انتهى وقال في كتاب القذف: ولا يقوم بالحد إلا المقذوف، وإن شهد قوم على رجل أنه قذف فلانا وفلان يكذبهم ويقول ما قذفني لم تجز شهادتهم إلا أن يكون المقذوف هو الذي أتى بهم وادعى ذلك ثم أكذبهم بعد أن شهدوا عند السلطان، وقال ما قذفني فإنه حد وجب لا يزيله هذا بمنزلة عفوه عنه ويضرب القاذف الحد. انتهى. ثم قال في المدونة: وإن قالت البينة بعد ما وجب الحد ما شهدنا إلا بزور درأ الحد. انتهى.

الثالث: إن قذف رجل رجلا غائبا بحضرة الإمام ومعه شهود قال في كتاب القطع من المدونة: أقام الإمام عليه الحد فتأوله ابن المواز على أنه يقيمه بعد طلب المقذوف، وتأوله ابن حبيب على أنه يقيمه في غيبته. انظر المقدمات وابن عرفة وأبا الحسن الصغير في كتاب القذف في مسألة سماع الإمام القذف قال: وتأويل ابن المواز أحسن. والله أعلم.

الرابع: قال في المدونة: ومن صالح [عن[1849]] قذف على شقص أو مال لم يجز ورد، ولا شفعة فيه، بلغ الإمام أم لا. انظر أبا الحسن، وجعله من باب الأخذ على العرض مالا.

ص: **باب تقطع اليمنى وتحسم بالنار** ش: هذا يسمى باب السرقة.

306 قال في التوضيح: والسرقة أخذ/ المال خفية من غير أن يؤتمن عليه، ولا خفاء في أنه غير جامع لخروج

الحديث ....

[1848] - في المطبوع أبيه ويم ص115 وم98 وما بين المعقوفين من ن عدود ص305 ويحيى ص135 وسيد ومايابى216.

[1849] - في المطبوع ومايابى217 ويم ص115 وم ص98 ويحيى ص135 من، وما بين المعقوفين من ن عدود ص305.

نص خليل

إلاَّ لِشَلَل أَوْ نَقْص أكْثَر الأصَابِع فَرِجْلُهُ الْيُسْرَى وَمُحِيَ لِيَدِهِ الْيُسْرَى ثُمَّ يَدُهُ ثُمَّ رِجْلُهُ ثُمَّ عُزِّرَ وَحُبِسَ وَإِنْ تَعَمَّدَ إِمَامٌ أَوْ غَيْرُهُ يُسْرَاهُ أَوَّلاً فَالْقَوَدُ وَالْحَدُّ بَاق وَخَطَأ أَجْزَأَ فَرِجْلُهُ الْيُمْنَى بِسَرِقَةِ طِفْل مِنْ حِرْز مِثْلِهِ أَوْ رُبْع دِينَار أَوْ ثَلاثَةِ دَرَاهِمَ خَالِصَةٍ أَوْ مَا يُسَاوِيهَا بِالْبَلَدِ شَرْعًا وَإِنْ كَمَاءٍ أَوْ جَارِحٍ لِتَعْلِيمِهِ أَوْ جِلْدِهِ بَعْدَ ذَبْحِهِ أَوْ جِلْدِ مَيْتَةٍ إِنْ زَادَ دَبْغُهُ نِصَابًا أَوْ ظَنًّا فُلُوسًا أَوْ الثَّوْبُ فَارِغًا أَوْ شَرِكَةِ صَبِي لاَ أَبٍ وَلاَ طَيْرٍ لإِجَابَتِهِ.

متن الحطاب

سرقة غير المال، وقال ابن عرفة: السرقة أخذ مكلف [حرا صغيرا[1850]] لا يعقل لصغره، أو مالا محترما لغيره نصابا أخرجه من [حرزه بقصد واحد[1851]] خفية لا شبهة له فيه، فيخرج أخذ غير الأسير مال حربي، وما اجتمع بتعدد إخراج وقصد و[أخذ[1852]] الأب مال ولده والمضطر في المجاعة. انتهى. وقوله: "وتحسم بالنار" انظر هل الحسم بالنار واجب على الإمام، أو المقطوعة يده؟ والظاهر أنه يجب عليهما، وقد صرح الأبي عن ابن عرفة أنه يجب على المقطوعة يده بحق المداواة، ونصه في شرح مسلم في شرح حديث: {من قتل نفسه[1]} من كتاب الإيمان قال ابن عرفة: من قطعت يده بحق لا يجوز له ترك المداواة، وإن تركها حتى مات فهو من معنى قتل النفس، بخلاف من قطعت يده ظلما فله ترك المداواة حتى يموت وإثمه على قاطعه. انتهى. وانظر لو ترك الإمام الحسم [حتى مات[1853]] حيث يجب عليه، والظاهر أنه آثم إن تعمد. والله أعلم.

ص: إلا لشلل ش: ظاهره ولو كان ينتفع بها، وهو كذلك لابن وهب كما نقله في التوضيح، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بأن يكون شللا بينا، وأما لو كان شللا خفيفا فإنه لا يمنع القطع. قال ابن عرفة: الباجي: إن كانت يمناه شلاء ففي الموازية إن كان الشلل بينا لا يقتص منه لم يقطع. اللخمي: قال ابن وهب في مختصر ما ليس في المختصر: تقطع إن كان ينتفع بها. انتهى.

307

تنبيه: انظر قول اللخمي: ولو كان أعسر قطعت يده اليسرى مع وجود اليمنى؛ لأنها التي/ سرقت فإنه غريب، ولم أقف عليه لغيره، ونقله ابن غازي، ولم يتعقبه ابن عرفة ولا المصنف في التوضيح.

ص: أو جارحا لتعليمه ش: يريد غير الكلب لأن الكلب؛ لا يقطع سارقه ولو كان مأذونا في اتخاذه كما سيصرح بذلك المصنف.

الحديث

1 – من قتل نفسه بحديدة فحديدته في يده يتوجأ بها في بطنه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ومن شرب سما فقتل نفسه فهو يتحساه في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا ومن تردى من جبل فقتل نفسه فهو يتردى في نار جهنم خالدا مخلدا فيها أبدا، مسلم في صحيحه، كتاب الايمان، رقم الحديث 109، دار إحياء التراث العربي.

[1850] – في المطبوع ومايابى217 (حرا لا يعقل) ويم ص115 ويحيى ص135 وم ص99 حر لا يعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص306.

[1851] – في المطبوع حرز بقصد وأخذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص306 ويحيى ص135 ويم ص115 وم ص99 (ومايابى217 حرزه بقصد وأخذ).

[1852] – ساقط من المطبوع ومايابى217 ويحيى ض135 ويم ص115 وم ص99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص306 والرصاع ج2 ص649.

[1853] – ساقطة من المطبوع وم ص99 وما بين المعقوفين من ن عدود ص306 ويحيى ص135 ويم ص115 ومايابى217.

نص خليل

وَلاَ إنْ تَكَمَّلَ بِمِرَارٍ فِي لَيْلَةٍ أو اشْتَرَكَا فِي حَمْلٍ إنْ اسْتَقَلَّ كُلٌّ وَلَمْ يَنُبْهُ نِصَابٌ مِلْكِ غَيْرٍ وَلَوْ كَذَّبَهُ رَبُّهُ أَوْ أَخِذَ لَيْلاً وَادَّعَى الإِرْسَالَ وَصُدِّقَ إنْ أَشْبَهَ لاَ مِلْكِهِ مِنْ مُرْتَهِنٍ وَمُسْتَأْجِرٍ كَمِلْكِهِ قَبْلَ خُرُوجِهِ مُحْتَرَمٍ لاَ خَمْرٍ وَطُنْبُورٍ إلاَّ أَنْ يُسَاوِيَ بَعْدَ كَسْرِهِ نِصَابًا وَلاَ كَلْبٍ مُطْلَقًا وَأُضْحِيَّةٍ بَعْدَ ذَبْحِهَا بِخِلاَفِ لَحْمِهَا مِنْ فَقِيرٍ تَامَّ الْمِلْكِ لاَ شُبْهَةَ لَهُ فِيهِ وَإِنْ مِنْ بَيْتِ الْمَالِ أو الْغَنِيمَةِ أَوْ مَالِ شَرِكَةٍ إنْ حُجِبَ عَنْهُ وَسَرَقَ فَوْقَ حَقِّهِ نِصَابًا لاَ الْجَدُّ وَلَوْ لأُمٍّ وَلاَ مِنْ جَاحِدٍ أَوْ مُمَاطِلٍ لِحَقِّهِ مُخْرَجٌ مِنْ حِرْزٍ بِأَنْ لاَ يُعَدَّ الْوَاضِعُ فِيهِ مُضَيِّعًا وَإِنْ لَمْ يَخْرُجْ هُوَ أو ابْتَلَعَ دُرًّا أو ادَّهَنَ بِمَا يَحْصُلُ مِنْهُ نِصَابٌ أَوْ أَشَارَ إلَى شَاةٍ بِالْعَلَفِ فَخَرَجَتْ أو اللَّحْدَ أو الْخِبَاءَ أَوْ مَا فِيهِ أَوْ حَانُوتٍ أَوْ فِنَائِهِمَا أَوْ مَحْمِلٍ أَوْ ظَهْرِ دَابَّةٍ وَإِنْ غِيبَ عَنْهُنَّ أَوْ بِجَرِينٍ أَوْ سَاحَةِ دَارٍ لأَجْنَبِيٍّ إنْ حُجِرَ عَلَيْهِ كَالسَّفِينَةِ أَوْ خَانٍ لِلأَثْقَالِ أَوْ زَوْجٍ فِيمَا حُجِرَ عَنْهُ أَوْ مَوْقِفِ دَابَّةٍ لِبَيْعٍ أَوْ غَيْرِهِ أَوْ قَبْرٍ أَوْ بَحْرٍ لِمَنْ رُمِيَ بِهِ لِكَفَنٍ أَوْ سَفِينَةٍ بِمَرْسَاةٍ أَوْ كُلِّ شَيْءٍ بِحَضْرَةِ صَاحِبِهِ أَوْ مِنْ مَطْمَرٍ قَرُبَ أَوْ قِطَارٍ وَنَحْوِهِ.

متن الحطاب

308 ص: لا إن تكمل بمرار في ليلة ش: هذا قول ابن القاسم/ في سماع أبي زيد في السارق يدخل البيت في ليلة عشر مرات، يخرج في كل مرة بقيمة درهم أو درهمين أنه لا قطع عليه حتى يخرج في مرة واحدة بقيمة ثلاثة دراهم خلافا لسحنون فإنه قال:/ يقطع إذا اجتمع مما خرج به ما يجب فيه القطع إذا كان ذلك في فور واحد. قال ابن رشد: فلم يصدقه سحنون في أنها سرقات مفترقات إذا كانت في فور واحد، وصدقه ابن القاسم، وقوله أولى؛ لأن الحدود تدرأ بالشبهات. قال: وهذا فيما يحتمل أن يكون عاد فيه لسرقة أخرى، وأما مثل القمح وشبهه من المتاع الذي يجده مجتمعا ولا يقدر أن يخرجه في مرة واحدة فينقله شيئا فشيئا فهذه سرقة واحدة؛ لأنه إنما خرج بنية العود فلا يصدق أنها[1854] سرقة أخرى بنية كما[1855] قاله في سماع أشهب، فلا ينبغي أن يختلف فيه. انتهى بالمعنى.

309

فرع: من سرق نصابا من مال مشترك بين جماعة، وحصة كل واحد منهم دون النصاب فإنه يقطع. قال في المقدمات: يجب القطع في النصاب بإخراجه من الحرز سرقه واحد من واحد أو جماعة من جماعة أو جماعة من واحد أو واحد من جماعة إذا تعاونوا في إخراجه لحاجتهم إلى التعاون في ذلك، وأطال في ذلك إلى أن قال: ولا اختلاف أحفظه في سرقة الواحد ما يجب فيه القطع من الجماعة المشتركين أنه يقطع. انتهى.

قلت: وهذا فيما يكون مشتركا، وأما إذا سرق من حرزين قدر نصاب فلا قطع عليه. قال في النوادر: ومن كتاب ابن المواز ومن سرق من حرزين قدر ربع دينار. قال عبد الملك: لا يقطع حتى يسرق من حرز واحد وإن كان ذلك لرجلين. انتهى. ثم قال: وروي عن مالك في غرائر بالسوق مجتمعة للبيع فسرق رجل من كل غرارة شيئا حتى اجتمع له [ما يقطع في مثله[1856]] أنه لا يقطع حتى يسرق من كل غرارة ما يجب فيه القطع؛ لأن كل غرارة حرز لما فيها وشاور الأمير فيها من حضر من العلماء

الحديث ....

1854 *- في م99 ويم136 وسيد41 ومايابى217 فلا يصدق في أنها.

1855 *- في م99 ويم136 وسيد41 سرقة أخرى بنية ثانية كما.

1856 *- في المطبوع يقطع فيه في وما بين المعقوفين من م99 ويم136 ومايابى218 ويحيى479.

نص خليل

أَوْ أَزَالَ بَابَ الْمَسْجِدِ أَوْ سَقْفَهُ أَوْ أَخْرَجَ قَنَادِيلَهُ أَوْ حُصْرَهُ أَوْ بُسْطَهُ إِنْ تُرِكَتْ بِهِ أَوْ حَمَّامٍ إِنْ دَخَلَ لِلسَّرِقَةِ أَوْ نَقَبَ أَوْ تَسَوَّرَ أَوْ بِحَارِسٍ لَمْ يَأْذَنْ لَهُ فِي تَقْلِيبٍ وَصُدِّقَ مُدَّعِي الْخَطَإِ أَوْ حَمَلَ عَبْدًا لَمْ يُمَيِّزْ أَوْ خَدَعَهُ أَوْ أَخْرَجَهُ فِي ذِي الإِذْنِ الْعَامِّ لِمَحَلِّهِ لاَ إِذْنٍ خَاصٍ كَضَيْفٍ مِمَّا حُجِرَ عَلَيْهِ وَلَوْ خَرَجَ بِهِ مِنْ جَمِيعِهِ.

متن الحطاب

فأفتوا أن عليه القطع، وأفتى مالك بما ذكرنا فرجعوا إليه، وكان أول من رجع إليه ربيعة. انتهى. وذكر القصة في المدارك وقال [إن[1857]] هذه المسألة مما [عرف به[1858]] فضل مالك.

ص: **أو أزال باب المسجد أو سقفه [أو أخرج[1859]] قناديله أو حصره أو بسطه إن تركت فيه**

310 ش: يعني أن من أزال باب المسجد عن موضعه/ خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، وسواء خرج [به[1860]] من المسجد أم لا، وكذلك إذا أزال خشبة من سقفه عن موضعها خفية على وجه السرقة فإنه يقطع، سواء خرج بها من المسجد أم لا، وكذلك كل شيء ثابت في المسجد [ومتشبث[1861]] به ومسمر فيه كحصره [المسمرة[1862]] فيه [والمخيط[1863]] بعضها إلى بعض، وكذلك بلاطه المبنية وسلاسل قناديله المسمرة فيه فإنه يقطع إذا أزال شيئا من ذلك عن موضعه، ولا خلاف في ذلك، وأما ما ليس بمتشبث به ولا مسمر فيه كقناديله المعلقة فيه وحصره التي لم تسمر فيه ولم [يخط[1864]]

311 بعضها إلى/ بعض فاختلف فيمن سرق شيئا من ذلك هل يقطع أم لا؟ فالذي مشى عليه المصنف وهو قول مالك أنه يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج به من المسجد، وأما بسط المسجد فإنها إن كانت متروكة فيه ليلا ونهارا فهي كالحصر، وأما إن كانت تحمل وترد فلا قطع فيها.

قال في أول كتاب السرقة من البيان: من سرق من المسجد الحرام أو غيره من المساجد شيئا مما هو متشبث به كجائزة من جوائزه أو باب من أبوابه أو [ثرية من ثرياته[1865]] المعلقة به المتشبثة به أو حصير قد سمر في حائط من حيطانه أو خيط إلى ما سواه من الحصر على ما روي عن سحنون فلا اختلاف في وجوب القطع على من سرق شيئا من ذلك من موضعه وهو متشبث به، وأما ما سرقه من ذلك وهو غير متشبث به كقناديل موضوعة في [ثرياته[1866]] أو حصر موضوعة في مواضعها فقيل إن موضعها حرز لها يقطع وإن أخذ قبل أن يخرج بها من المسجد، وقيل إنه لا قطع في شيء من ذلك كله وإن خرج به من المسجد اختلف في ذلك قول ابن القاسم على ما يأتي في رسم نقدها من سماع

الحديث

....

[1857] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م99 ويحيى479 ويم136 وسيد41 ومايابى218.

[1858] *- في المطبوع يعرف بها وما بين المعقوفين من م99 ويحيى479 ويم136 وسيد41 ومايابى218.

[1859] *- في المطبوع وأخرج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1860] *- في المطبوع بها وما بين المعقوفين من يم136 ومايابى218 وم99 وسيد41.

[1861] *- في المطبوع ويمثبت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1862] - في المطبوع المستترة وما بين المعقوفين من يحيى479 وسيد41 في م99 ويم136 ومايابى218 كحصره المستمرة فيه ص310.

[1863] *- في المطبوع المخيط وما بين المعقوفين من يحيى479 ومايابى218 وسيد41.

[1864] *- في المطبوع يخيط وما بين المعقوفين من يم137 وسيد41.

[1865] *- في المطبوع أو ترية من ترياته وما بين المعقوفين من سيد41 وم99 ومايابى219 والبيان ج16 ص206.

[1866] *- في المطبوع ترياتها وما بين المعقوفين من مايابى218 والبيان ج16 ص206.

نص خليل ....

متن الحطاب عيسى. انتهى. ثم قال في رسم نقدها من سماع عيسى: قال ابن القاسم: من سرق حصر المسجد قطع وإن كان من المسجد الحرام الذي لا أبواب له، وليست الأبواب بالتي تحرز، ومن سرق الأبواب أيضا قطع ومن سرق القناديل فإني أرى أن يقطع سرق ذلك ليلا أو نهارا، وقد قال ابن القاسم في كتاب [أسلم[1867]] وله بنون صغار في الذي يسرق من حصر المسجد إن كانت سرقته نهارا لم أر عليه قطعا، وإن كان تسور عليها ليلا بعد أن أغلق فأخرج منها ما يكون فيه القطع قطع، وقال فيه أيضا في الذي يسرق من المسجد الحرام أو مسجد لا يغلق عليه إنه لا يقطع. انتهى. وقال في التوضيح: القول بأنه يقطع في القناديل وفي الحصر، كان على المسجد غلق أم لا لمالك، وسوى بين الليل والنهار. قال: وقاله ابن الماجشون وأصبغ، ولذلك اقتصر عليه المصنف.

تنبيهات: الأول: إذا قلنا يقطع إذا سرق قناديل المسجد أو حصره أو بسطه ولو لم تكن مسمرة ولا مخيطة فلا يشترط أن يخرج بذلك من المسجد كما يتبادر ذلك من لفظ المصنف؛ أعني قوله أو أخرج قناديله أو حصره، وقد تقدم التصريح بذلك في كلام ابن رشد. وقال في التوضيح لما اعترض على ابن الحاجب في أن عبارته توهم أنه لا يقطع في سقف المسجد وبابه حتى يخرج به من المسجد. قال: وليس كذلك، والصواب لو قال وموضع الباب والسقف حرز؛ لأنه يجب القطع وإن لم يخرج به من المسجد نص عليه صاحب البيان وغيره ونص عليه مالك في الواضحة في البلاط والحصر والقناديل. انتهى. وقال في الجواهر بعد أن ذكر الخلاف في القطع في قناديله وحصره: ويقطع في القناديل والحصر والبلاط: وإن أخذ في المسجد كان في ليل أو نهار وحرزها مواضعها، وكذلك الطنفسة يبسطها الرجل في المسجد لجلوسه إذا كانت تترك فيه ليلا ونهارا كالحصير، وقاله مالك، وأما الطنافس تحمل وترد فربما نسيها صاحبها وتركها فلا يقطع فيها، وإن كان على المسجد غلق؛ لأن الغلق لم يجعل من أجلها.

وقال ابن القاسم في العتبية فيمن سرق من بسط المسجد التي تطرح فيه في رمضان فإن كان عنده صاحبه قطع وإلا فلا. انتهى. وقوله إنه لا يقطع إذا سرق البسط التي لا تترك في المسجد ولو كان عليه غلق، يريد إذا لم يسرقها بعد أن أغلق عليها، وأما إذا سرقها بعد أن أغلق عليها فإنه يقطع إذا أخرجها من المسجد إلا على قول أشهب السابق فيحمل قول المصنف: "أو أخرج قناديله أو حصره" على أن المراد إذا أخرجها من موضعها لا على أن المراد إذا أخرجها من المسجد، وحمل البساطي كلام المصنف على ظاهره، وأنه لا يقطع حتى يخرج القناديل والحصر والبسط من المسجد، وهذا مخالف لما تقدم من نصوص المذهب، وليس ثم قول يفرق بين سقف المسجد وحصره وقناديله إذا قلنا بوجوب القطع في ذلك فتأمله./ 312

الثاني: ما ذكره المصنف عن صاحب البيان في سقف المسجد وبابه، وأنه لا يشترط أن يخرج به من المسجد هو ظاهر من كلامه السابق؛ لأنه لما صرح بذلك فيما ليس متشبثا بالمسجد ولا مسمرا فيه فالمتشبث به والمسمر فيه أحرى بذلك، وكلامه في المتشبث لا يقتضي أنه لا يقطع حتى يخرجه، بل

الحديث ....

[1867] *- في المطبوع السلم وما بين المعقوفين من مايابى218 ويحيى479 وم99 ويم137.

نص خليل

وَلاَ إن نَّقَلَهُ وَلَمْ يُخْرِجْهُ وَلاَ فِيمَا عَلَى صَبِيٍّ أَوْ مَعَهُ وَلاَ عَلَى دَاخِلٍ تَنَاوَلَ مِنْهُ الْخَارِجُ وَلاَ إِنْ اخْتَلَسَ أَوْ كَابَرَ أَوْ هَرَبَ بَعْدَ أَخْذِهِ فِي الْحِرْزِ وَلَوْ لِيَأْتِيَ بِمَنْ يَشْهَدُ عَلَيْهِ أَوْ أَخَذَ دَابَّةً بِبَابِ مَسْجِدٍ أَوْ سُوقٍ أَوْ ثَوْبًا بَعْضُهُ بِالطَّرِيقِ أَوْ ثَمَرًا مُعَلَّقًا إِلاَّ بِغَلَقٍ فَقَوْلاَنِ وَإِلاَّ بَعْدَ حَصْدِهِ فَثَالِثُهَا إِنْ كُدِّسَ وَلاَ إِن نُّقِبَ فَقَطْ وَإِنِ الْتَقَيَا وَسَطَ النَّقْبِ أَوْ رَبَطَهُ فَجَذَبَهُ الْخَارِجُ قُطِعَا وَشَرْطُهُ التَّكْلِيفُ فَيُقْطَعُ الْحُرُّ وَالْعَبْدُ وَالْمُعَاهَدُ وَإِن لِّمِثْلِهِمْ إِلاَّ الرَّقِيقَ لِسَيِّدِهِ وَثَبَتَتْ بِإِقْرَارٍ إِنْ طَاعَ وَإِلاَّ فَلاَ وَلَوْ أَخْرَجَ السَّرِقَةَ أَوْ عَيَّنَ الْقَتِيلَ وَقُبِلَ رُجُوعُهُ وَلَوْ بِلاَ شُبْهَةٍ.

متن الحطاب

فيه أيضا ما يفهم منه أنه يقطع بمجرد سرقته من موضعه فتأمله. وإنما نبهت على هذا لأن بعض الناس توقف فيما ذكره المصنف في التوضيح عن صاحب البيان، وذلك مما لا ينبغي أن يتوقف فيه. والله أعلم.

الثالث: هذا الكلام كله إنما هو فيما سرق من المسجد، وأما ما سرق من بيت مغلق في المسجد كبيت للقناديل ونحوه فإنه لا يقطع حتى يخرج بالشيء المسروق من البيت المغلق، فيقطع حينئذ ولو أخذ في المسجد، وهذا إذا لم يؤذن له في دخول ذلك البيت، وأما إن أذن له في دخوله فلا قطع عليه، وكذلك من سرق من [حلي[1868]] الكعبة الداخل فيها المغلق عليه بابها فإنه إن كان سرق في الوقت الذي أذن له في دخولها فلا قطع عليه، وإن سرق في غير الوقت الذي أذن له في دخولها فإنه لا قطع عليه حتى يخرج به من الكعبة، [فإذا خرج به من الكعبة[1869]] إلى محل الطواف قطع وإن لم يخرج به من المسجد. قاله في أول كتاب السرقة من البيان قال: لأن حكم البيت الحرام الذي لا يدخل إلا بإذن فيما سرق منه حكم البيت يكون في المسجد يختزن فيه ما يحتاج إليه في المسجد من زيته وقناديله وحصره لا قطع على من دخله بإذن فسرق منه ما يجب فيه القطع.

الرابع: أما حلي الكعبة الذي في بابها وفي جدارها من خارج كالحلي الذي على الحجر الأسود فحكمه حكم ما كان مسمرا في المسجد. قال في التوضيح: نقل ابن الماجشون عن مالك القطع في حلي باب الكعبة. انتهى. وكذلك حكم الرصاص الذي في أرض المطاف والذي في أساطين المسجد، وكذلك حكم كسوة الكعبة الظاهرة حكم ما هو مسمر في المسجد ومتشبث به، وأما الكسوة الداخلة فحكمها حكم حليها المغلق عليه بابها، وكذلك حكم كسوة المقام والقناديل المعلقة فيه في الموضع الذي يعلق عليه وهذا كله ظاهر، ولم أره منصوصا. والله أعلم.

الخامس: علم من كلام الجواهر المتقدم أنه لا يشترط في البسط أن تكون للمسجد موقوفة عليه، وأنها لو كانت ملكا لشخص ولكنها متروكة في المسجد ليلا ونهارا كان ذلك حكمها، والظاهر أن الحصر كذلك، وكذلك القناديل بالإضافة للمسجد في ذلك كله إنما هي لكون المسجد ظرفا لها، والإضافة يكتفي فيها بأدنى ملابسة فتأمله. والله أعلم.

الحديث

....

[1868] - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص312 ويحيى ص137 ويم ص116 وم ص100 ومايابى219.

[1869] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م100 وسيد41 ويحيى480 ومايابى219.

نص خليل

وَإن رَدَّ الْيَمِينَ فَحَلَفَ الطَّالِبُ أَوْ شَهِدَ رَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ أو وَاحِدٌ وَحَلَفَ أَوْ أَقَرَّ السَّيِّدُ فَالْغُرْمُ بِلا قَطْعٍ وَإِنْ أَقَرَّ الْعَبْدُ فَالْعَكْسُ وَوَجَبَ رَدُّ الْمَالِ إِنْ لَمْ يُقْطَعْ مُطْلَقًا أَوْ قُطِعَ إِنْ أَيْسَرَ إِلَيْهِ مِنَ الأَخْذِ وَسَقَطَ الْحَدُّ إِنْ سَقَطَ الْعُضْوُ بِسَمَاوِي لاَ بِتَوْبَةٍ وَعَدَالَةٍ وَإِنْ طَالَ زَمَانُهُمَا وَتَدَاخَلَتْ إِنْ اتَّحَدَ الْمُوجَبُ كَقَذْفٍ وَشُرْبٍ.

متن الحطاب

ص: ولا إن نقب ش: ما ذكره ابن غازي ظاهر، وقد أشار في التوضيح إلى بعضه، ومسائل المذهب تدل على أن المساعدة في الحرز لا توجب القطع. نعم قد يؤخذ ذلك من مسألة ما إذا التقيا وسط النقب، ومسألة ما إذا ربطه الداخل وجذبه الخارج، لكنه في الحقيقة عند التأمل لا يدل على ذلك، فأشبه ما إذا حملا شيئا لا يقدر كل واحد على حمله فإنهما يقطعان.

ص: إلا الرقيق لسيده ش: فإنه لا يقطع لأنه لا يجتمع عليه غرامتان ذهاب ملكه وإتلاف عبده، ولو رضي السيد بذلك لم يقطع؛ لأنه لا يوافق على إتلاف المال إلا حيث أمر الشرع به.

ص: وإن رد اليمين ش: حيث تتوجه اليمين على المدعى عليه بالسرقة بأن يكون متهما، وفي المتوسط على القول بتوجهها عليه./ 313

ص: وسقط الحد ان سقط العضو بسماوي ش: قال الشارح في الوسط: ابن شاس: ولو سرق ولا يمين له سقط الحد. انتهى. وما ذكره عن ابن شاس ليس هو كذلك، والذي في الجواهر: ولو سرق فسقطت يمناه بآفة سقط الحد. انتهى. وأما مسألة من لا يمين له فقال فيها: ولو كان لا يمين له فسرق [قطعت[1870]] يده اليسرى في الرواية الأخيرة، وفي الأولى تقطع رجله اليسرى.انتهى. وإلى ذلك أشار المؤلف في أول الباب بقوله: "فرجله اليسرى ومحيً ليده اليسرى"، وفي الشرح الصغير نحو ما في الوسط، وأما في الشرح الكبير فذكر [عبارة ابن[1871]] شاس التي ذكرناها. والله أعلم.

ص: وتداخلت إن اتحد الموجب كقذف وشرب وإلا تكررت ش: قال في المدونة: ومن قذف وشرب خمرا سكر منها أو لم يسكر جلد حدا واحدا. قال أبو الحسن: انظر لو جلد في أحدهما ثم علم أن الآخر قبله فذكر ابن يونس عن ابن المواز أن شرب الخمر وضرب الحد له، ثم ثبت بعد ذلك أنه افترى على رجل قبل شربه فإن ضربه للخمر يجزىء، وكذلك لو افترى على رجل فضرب له الحد ثم ثبت أنه قد شرب الخمر قبل ذلك فإنه لا يضرب له ثانية، وقاله أصبغ، وقال هو الصواب والسنة والمجمع عليه.انتهى كلام المدونة من كتاب الشرب وكلام ابن يونس الذي نقله أبو الحسن من القذف.

فرع: قال في كتاب القذف من المدونة: وكل [حد[1872]] لله أو قصاص اجتمع مع القتل فالقتل يأتي على ذلك كله إلا حد القذف. قال أبو الحسن: ظاهره وإن كان المقذوف هو المقتول وأنه يحد ثم يقتل كغيره، وقال أبو عمران: قال وللورثة أن يقوموا بحد المقذوف فيحد ثم يقتل [للقصاص.[1873]] اهـ.

الحديث

....

[1870] – في المطبوع وقطعت وما بين المعقوفين من يحيى480 وم100 ويم137 وسيد42.

[1871] *– في المطبوع عبارة عن ابن والمثبت من ن عدود ص313 ويحيى480 ويم137 وم100.

[1872] – في المطبوع حر وما بين المعقوفين من ن عدود ص313 ويحيى ص137 ويم ص116 وم ص100 ومايابى220.

[1873] – في المطبوع لاقصاص وما بين المعقوفين من ن عدود ص313 ويحيى ص137 ويم ص116 وم ص100 ومايابى220.

نص خليل

أَوْ تَكَرَّرَتْ. **باب** الْمُحَارِبُ قَاطِعُ الطَّرِيق لِمَنْعِ سُلُوكٍ أَوْ أَخْذِ مَال مُسْلِمٍ أَوْ غَيْرِهِ عَلَى وَجْهٍ يَتَعَذَّرُ مَعَهُ الْغَوْثُ وَإِنْ انْفَرَدَ بِمَدِينَةٍ كَمُسْقِي السَّيْكَرَانِ لِذَلِكَ وَمُخَادِعِ الصَّبِيِّ أَوْ غَيْرِهِ لِيَأْخُذَ مَا مَعَهُ وَالدَّاخِلِ فِي لَيْلٍ أَوْ نَهَارٍ فِي زُقَاقٍ أَوْ دَارٍ قَاتَلَ لِيَأْخُذَ الْمَالَ.

متن الحطاب

فعلم منه أن القتل يدخل فيه حد غير القذف ولو كان قصاصا، وهذا هو الظاهر من نصوصهم، وقال الشيخ زروق في شرح قول الرسالة: "من لزمته حدود وقتل فالقتل يجزىء عن ذلك إلا في القذف فليحد قبل أن يقتل" ما نصه: ظاهره / ولو كان القتل قودا ولم أقف عليه.انتهى فتأمله مع ما تقدم. والله أعلم.

314

ص: **وإلا تكررت** ش: كالزنى والشرب وكالزنى والقذف، وقيل يكتفي بالأكثر. والله أعلم.

ص: **باب المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك أو آخذ مال مسلم أو غيره على وجه يتعذر معه الغوث** ش: قال ابن عرفة: الحرابة الخروج لإخافة سبيل بأخذ مال محترم بمكابرة قتال أو خوفه أو ذهاب عقل أو قتل خفية، أو لمجرد قطع الطريق لآ لإمرة ولا لنائرة ولا عداوة فيدخل قولها: والخناقون والذين يسقون الناس السيكران ليأخذوا أموالهم محاربون. انتهى. ومعنى كلام المصنف أن المحارب هو من قطع الطريق على الناس، ومنعهم من السلوك فيها وإن لم يقصد أخذ المال، [ومن أخذ المال[1874]] على وجه يتعذر معه الغوث فينبغي أن يقرأ قوله: "أو آخذ المال" بمد الهمزة وكسر الخاء على أنه اسم فاعل، وأما إذا قرىء بسكون من غير مد بصيغة المصدر فلا يكون جامعا؛ لأنه يكون معطوفا على قوله: "لمنع سلوك" فيقتضي أن المحارب هو من قطع الطريق لمنع السلوك أو من قطعها لأخذ المال، ويخرج منه من قاتل لأخذ المال من غير قطع الطريق، ويخرج من ذلك من دخل دارا أو زقاقا أو قاتل ليأخذ المال ومسقى السيكران ومخادع الصبي أو غيره ليأخذ ما معه، ولهذا قال ابن الحاجب: الحرابة كل فعل يقصد به أخذ المال على وجه [تتعذر معه[1875]] الاستغاثة عادة من رجل أو امرأة أو حر أو عبد أو مسلم أو ذمي أو مستأمن، إلا أن قوله على وجه يتعذر معه الغوث أحسن من قول ابن الحاجب: تتعذر معه الاستغاثة، فإن المسلوب يستغيث وجد مغيثا أم لا، فهو لا تتعذر عليه الاستغاثة.

تنبيهان: الأول: ينبغي أن يؤتى في حد الحرابة بما يشعر بخروج قطع الطريق على الحربي وأخذ ماله، فيقال مثلا المحارب قاطع الطريق لمنع سلوك غير حربي أو أخذ مال محترم أو معصوم كما أشار إلى ذلك ابن عرفة وصاحب الشامل، وكأنهم سكتوا عن ذلك لوضوحه. والله أعلم.

الثاني: انظر هل يشترط في المحارب التكليف؟ لم يتعرض له المصنف، وقال ابن عرفة الصبي إن حارب ولم يحتلم ولا أنبت عوقب ولم يقم عليه حد الحرابة. قال: والمجنون يعاقب لينزجر إلا أن يكون الذي به الأمر الخفيف فيقام عليه الحد. انتهى. وذكر مسألة الصبيان في المدونة، ونصها: وأما الصبيان فلا يكونون محاربين حتى يحتلموا، وقال أبو الحسن حتى يبلغوا. ثم قال في المدونة عقب

الحديث

....

[1874] – ساقط من المطبوع ويحيى ص137 وما بين المعقوفين من ن عدود ص314 ويم ص117 وم ص100 ومايابى220.

[1875] *– في المطبوع يتعذر وما بين المعقوفين من يم138 ومايابى221 ويحيى480.

نص خليل فَيُقَاتَلُ بَعْدَ الْمُنَاشَدَةِ إِنْ أَمْكَنَ ثُمَّ يُصْلَبُ فَيُقْتَلُ أَوْ يُنْفَى الْحُرُّ كَالزِّنَا وَالْقَتْلِ أَوْ تُقْطَعُ يَمِينُهُ وَرِجْلُهُ الْيُسْرَى وِلاَءً.

متن الحطاب كلامه السابق: وإن قطعوا الطريق إلى مدينتهم التي خرجوا منها فهم محاربون، وقال أبو الحسن: هذا راجع إلى أهل الذمة لا إلى الصبيان. انتهى.

315 ص: **فيقاتل بعد المناشدة** ش: أي على وجه الاستحباب. قال ابن رشد في رسم نذر من سماع/ عيسى من كتاب المحاربين: واستحب مالك أن يدعوا إلى التقوى والكف فإن أبوا قوتلوا، وإن عاجلوا قوتلوا وأن يعطوا الشيء اليسير إن طلبوه كالثوب والطعام وما خف ولم يقاتلوا، ولم ير سحنون أن يعطوا شيئا ولو قل، ولا أن يدعوا، وقال: هذا وهن يدخل عليهم وليظهر لهم الصبر والجلد والقتال بالسيف فهو أكسر لهم وأقطع لطمعهم، ذهب في ذلك مذهب ابن الماجشون، وقول مالك أحسن. والله أعلم.

ص: **ثم يصلب** ش: هذا خاص بالرجل قال اللخمي: وأما المرأة فحدها صنفان القطع من خلاف والقتل، ويسقط عنها [ثالث[1876]] وهو الصلب، ويختلف في رابع وهو النفي. انظر بقية كلامه ونقله في الشامل وغيره.

ص: **أو ينفى الحر** ش: لم يذكر هنا مع النفي ضربا، وذكره بعد ذلك، [وذكر[1877]] المصنف في التوضيح تبعا لابن عبد السلام أن مذهب المدونة أنه لا بد مع النفي من الضرب، ونصه في شرح قول ابن الحاجب: ولغيرهما ولمن وقعت منه فلتة [النفي[1878]] ويضربهما إن شاء. قوله: "إن شاء" ظاهر المدونة أنه لا بد من ضربه لقوله: والذي يؤخذ بحضرة الخروج، ولم يخف السبيل ولم يأخذ المال فهذا يؤاخذ فيه [بأيسر[1879]] الحكم لم أر به بأسا؛ وذلك الضرب والنفي، [و[1880]]ما ذكره أنسب بمذهب أشهب، فإنه قال إن جلده مع النفي لضعيف، وإنما استحسن لما خفف عنه من غيره، ولو قاله قائل لم أعبه، وقوله: وإنما استحسن؛ أي لأنه زيادة على النص. انتهى. وذكر ابن عرفة كلام ابن الحاجب. ثم قال بعده: تقدم الخلاف في لزوم الضرب والنفي. ثم قال اللخمي: ضربه قبل النفي استحسان كما قال أشهب. ثم ذكر كلام ابن عبد السلام. ثم قال في الرجم منها: ولا ينفى الرجل [ولا ينفى الرجل الحر[1881]] إلا في الزنى [أو في[1882]] حرابة فيسجنان جميعا في الموضع الذي ينفى إليه، يسجن الزاني سنة والمحارب حتى تعرف توبته. قال ابن عرفة: فظاهره عدم الضرب، وفي كتاب المحاربين: وليس للإمام أن يعفو عن أحد من المحاربين ولكن يجتهد في نفيه وضربه فظاهره أو نصه ثبوت الضرب. انتهى.

الحديث ....

1876 *- في المطبوع ثالثا والمثبت من يحيى481 وم101 ويم138 ومياببى221.

1877 - في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من ماياببى221 ويحيى481.

1878 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 ويحيى ص138 ويم ص117 وماياببى221.

1879 - في المطبوع بأسير وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101 وماياببى221.

1880 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص315.

1881 *- في المطبوع ومنها لا ينفى الرجل وما بين المعقوفين من م101 ويم138 وماياببى221 وسيد42.

1882 *- في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في ماياببى221 ويم138.

نص خليل وَبِالْقَتْلِ يَجِبُ قَتْلُهُ وَلَوْ بِكَافِرٍ أَوْ بِإِعَانَةٍ.

متن الحطاب **تنبيهات: الأول:** قدر الضرب موكول إلى اجتهاد الإمام كما في نص المدونة الذي ذكره ابن عرفة، وقال أبو الحسن في شرح قوله: ولكن يجتهد الإمام في ضربه ونفيه، أما في ضربه فعلى قدر جرمه وكثرة مقامه في فساده، وأما في نفيه فإن كان كثير الفساد نفاه إلى بلد بعيد، وإن كان قليل الفساد فإلى بلد قريب، وأقله ما تقصر فيه الصلاة، وهو يوم وليلة. انتهى. وقال في التوضيح قال ابن القاسم في الموازية وليس لجلده حد إلا الاجتهاد من الإمام. انتهى.

الثاني: نصوص المذهب صريحة في أن المحارب إذا نفي سجن في البلد الذي [ينفى[1883]] إليه، سواء كان يخشى هروبه أم لا، وما حكاه الشيخ عبد الرحمن الثعالبي في تفسيره لما تكلم على آية المائدة من التفصيل بين من يخاف هروبه أو لا يخاف هروبه خلاف المعروف من المذهب. والله أعلم.

الثالث: وهل يجعل في عنقه الحديد؟ انظر تبصرة ابن فرحون.

ص: **وبالقتل يجب قتله** ش: يريد أو الصلب. قال في المقدمات: وأما إن قتل فلا بد من قتله ولا تخيير للإمام في قطعه ولا في نفيه، وإنما له التخيير في قتله أو صلبه أو قطعه من خلاف. اهـ. انظر آخر كلامه فإنه يناقض أوله، ونقله أبو الحسن ولم ينبه عليه، وله نحو ذلك في سماع عيسى من كتاب المحاربين، وقد قال في كتاب المحاربين من المدونة: وإذا أخذه الإمام وقد قتل، وأخذ المال، وأخاف السبيل فليقتله ولا يقطع يده ورجله والقتل يأتي على ذلك كله، فأما الصلب مع القتل فذلك إلى الإمام بأشنع ما يراه. انتهى. قال أبو الحسن: قوله: ولا يقطع يده ورجله خلافا لأبي مصعب والقتل يأتي على ذلك كله كما إذا كان [عليه[1884]] حدان: أحدهما القتل فيكون الآخر داخلا في القتل، فلعله أشار إلى أبي حنيفة في قوله إن قتل وأخذ المال فالإمام مخير إن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم قتله، وإن شاء قطع يده ورجله من خلاف ثم صلبه،/ وإن شاء قتله من غير صلب ولا قطع.انتهى. ووقع في عبارة الرجراجي نحو ما وقع في عبارة ابن رشد فقال إن قتل فلا بد من قتله وليس للإمام في ذلك تخيير لا في قطعه ولا في نفيه، وإنما التخيير في قتله أو صلبه أو نفيه. انتهى. فأول كلامه يناقض آخره فتأمله. ولا شك أنه سهو وتصحيف.

316

وأما كلام ابن رشد فإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير في قتله وفي قطع يده ورجله من خلاف من غير قتل فلا شك أنه سهو؛ لأنه قد نفى ذلك، وإن حمل على أنه أراد أن الإمام مخير بين قتله من غير صلب ولا قطع، وبين صلبه مع قتله وبين قطع يده ورجله ثم قتله فهو خلاف ما تقدم عن المدونة، ولا يقال قوله في المدونة: "ولا يقطع يده ورجله" يعني به من غير قتل؛ لأن قوله بعد والقتل يأتي على ذلك [يرده،[1885]] وكذلك قوله: "فأما الصلب مع القتل الخ" وكلام الشيخ أبي الحسن

الحديث ....

[1883] *- في المطبوع ينتفى وما بين المعقوفين من يحيى481.

[1884] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص315 وم101 وم138 ويحيى481.

[1885] - في المطبوع يرد به وما بين المعقوفين من ن عدود ص316 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101 ومايابى222.

نص خليل وَلَوْ جَاءَ تَائِبًا وَلَيْسَ لِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ وَنُدِبَ لِذِي التَّدْبِيرِ الْقَتْلُ وَالْبَطْشِ الْقَطْعُ وَلِغَيْرِهِمَا وَلِمَنْ وَقَعَتْ مِنْهُ فَلْتَةً النَّفْيُ وَالضَّرْبُ وَالتَّعْيِينُ لِلإِمَامِ لاَ لِمَنْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَنَحْوُهَا وَغَرِمَ كُلٌّ عَنِ الْجَمِيعِ مُطْلَقًا وَاتُّبِعَ كَالسَّارِقِ وَدُفِعَ مَا بِأَيْدِيهِمْ لِمَنْ طَلَبَهُ بَعْدَ الاِسْتِينَاءِ وَالْيَمِينِ أَوْ بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ مِنَ الرُّفْقَةِ لاَ لأَنْفُسِهِمَا وَلَوْ شَهِدَ اثْنَانِ أَنَّهُ الْمُشْتَهِرُ بِهَا ثَبَتَتْ وَإِن لَّمْ يُعَايِنَاهَا وَسَقَطَ حَدُّهَا بِإِتْيَانِ الإِمَامِ طَائِعًا أَوْ تَرْكِ مَا هُوَ عَلَيْهِ.
بَابٌ بِشُرْبِ الْمُسْلِمِ الْمُكَلَّفِ مَا يُسْكِرُ جِنْسُهُ طَوْعًا بِلاَ عُذْرٍ وَضَرُورَةٍ وَظَنِّهِ غَيْرًا وَإِنْ قَلَّ أَوْ جَهِلَ وُجُوبَ الْحَدِّ أَوِ الْحُرْمَةَ لِقُرْبِ عَهْدٍ وَلَوْ حَنَفِيًّا يَشْرَبُ النَّبِيذَ وَصُحِّحَ نَفْيُهُ ثَمَانُونَ بَعْدَ صَحْوِهِ وَتَشَطَّرَ بِالرِّقِّ وَإِنْ قَلَّ إِنْ أَقَرَّ أَوْ شَهِدَا بِشُرْبٍ.

متن الحطاب الصغير يدل على أن مراده في المدونة [أنه[1886]] لا يقطع يده ورجله مع قتله، ونقل ابن يونس كلام المدونة بما هو كالصريح في ذلك فإنه قال: ولا تقطع يده ولا رجله، فهذا صريح في أن مراده أنه لا يجمع مع القتل قطع يد ولا رجل؛ إذ لم يقل أحد أن قطع اليد الواحدة أو الرجل الواحدة حد للمحارب فتأمله.

فرع: من اعترف أنه قتل غيلة ثم رجع فإنه يقبل رجوعه. انظر ابن ناجي في شرح المدونة في كتاب السرقة، وكذلك إذا اعترف بالحرابة. قاله في المدونة.

ص: **ولو جاء تائبا وليس للولي العفو** ش: ظاهره أنه إذا جاء تائبا يتعين قتله، وليس لوليه العفو، وليس كذلك. قال في المدونة: وإذا أتى المحارب تائبا قبل أن يقدر [عليه[1887]] سقط عنه ما يجب عليه من حدود الحرابة، وثبت للناس ما عليه من نفس أو جرح أو مال، ثم للأولياء العفو فيمن قتل، وكذلك المجروح في القصاص، وإن كانوا جماعة قتلوا رجلا، ولي أحدهم قتله وباقيهم عون له فيؤخذون على تلك الحال قتلوا كلهم، وإن تابوا قبل أن يؤخذوا دفعوا إلى أولياء المقتول فيقتلون من شاؤوا منهم، ويعفون عمن شاؤوا وأخذوا الدية ممن شاؤوا. انتهى. ونقله ابن عرفة وابن الحاجب وغيرهما.

ص: **وغرم كل عن الجميع مطلقا** ش: قال ابن رشد في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب الغصب: إذا اجتمع القوم في الغصب أو السرقة أو الحرابة فكل واحد منهم/ ضامن لجميع ما أخذوه؛ لأن بعضهم قوي ببعض، كالقوم يجتمعون على قتل رجل فيقتل جميعهم به وإن ولي القتل أحدهم، وقد قال عمر بن الخطاب رضي الله عنه: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعا[1]. انتهى. قال الدماميني في حاشية البخاري في قوله لتجشمت لقاءه[2] وحكم الرد في جميع أحوال الإسلام حكم المقاتل، وكذلك رد المحاربين عند مالك والكوفيين. 317

ص: **وسقط حدها بإتيان الإمام طائعا** ش: تصوره واضح. وإذا سقط حد الحرابة بالتوبة لم يسقط حد الآدميين من قتل أو جرح أو مال على المعروف كما تقدم. والله أعلم.

ص: **باب بشرب المسلم المكلف إلى قوله ثمانون بعد صحوه** ش: تصوره واضح.

الحديث
1- عن ابن عمر رضي الله عنهما أن غلاما قتل غيلة فقال عمر لو اشترك فيها أهل صنعاء لقتلتهم، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، رقم الحديث 6896.
2- البخاري، الجامع الصحيح، كتاب بدء الوحي، رقم الحديث 7.

[1886] - في المطبوع وأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص316 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101 ومايابى222.

[1887] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص315 ويحيى ص138 ويم ص117 وم ص101 ومايابى222.

نص خليل

أَوْ شَمٍّ وَإِنْ خُولِفَا وَجَازَ لِإِكْرَاهٍ وَإِسَاغَةٍ لاَ دَوَاءٍ وَلَوْ طِلاَءً وَالْحُدُودُ بِسَوْطٍ وَضَرْبٍ مُعْتَدِلَيْنِ قَاعِدًا بِلاَ رَبْطٍ وَشَدِّ يَدٍ.

متن الحطاب

فرع: قال في المسائل الملقوطة: قال مطرف: وكان مالك يرى إذا أخذ السكران في الأسواق والجماعات قد سكر وتسلط بسكره وآذى الناس أو روعهم بسيف شهره أو حجارة رماها وإن لم يضرب أحدا أن تعظم عقوبته بضرب حد السكر، ثم يضرب الخمسين وأكثر منها على قدر جرمه، وقد [حكى مطرف[1888]] عن مالك في الواضحة أنه يضرب الخمسين ومائة والمائتين ونحو ذلك ويكون الحد [مبهما فيهما.[1889]] انتهى.

318 ص: **أو شم** ش: انظر قول من قال: لا بد أن يكون الشاهد بالشم ممن شربها في حال كفره/ أو حال عصيانه، وقد قالوا: إن من حد في حد لا تجوز فيه شهادته.

ص: **أو إساغة** ش: يعني أنه يجوز شربها لإساغة غصة، وقد تقدم للمصنف نحو هذا في فصل المباح طعام طاهر، وهذا هو الظاهر، وجزم ابن عرفة بحرمتها للإساغة غير ظاهر، ونصه: [الشرب[1890]] الموجب للحد شرب مسلم مكلف ما يسكر كثيره مختارا لا لضرورة ولا عذر فلا حد على مكره ولا ذي غصة وإن حرمت ولا غالط. ثم قال: [والمكره[1891]] لا يحد لوضوح الشبهة أو عدم تكليفه، وهو الأظهر لعموم اعتباره في الطلاق ونحوه، ولا المضطر للإساغة لوضوح الشبهة. الشيخ: قال مالك في المختصر: لا يشرب المضطر الخمر الباجي في النوادر عن ابن حبيب من غص بطعام وخاف على نفسه أن له أن [يجوزه[1892]] بالخمر. قاله أبو الفرج.

ص: **والحدود بسوط وضرب معتدلين** ش: قال ابن عرفة: ولا يجوز الضرب في الحدود بقضيب ولا شراك ولا درة ولكن السوط، وإنما كانت درة عمر للأدب فإذا وقعت الحدود قرب السوط. ثم قال بعد كلام لا يتعلق بالسوط: ولأبي زيد عن ابن القاسم [إن[1893]] ضرب على ظهره بالدرة أجزأه، وما هو بالبين. انتهى. ونص سماع أبي زيد المذكور: وقال ابن القاسم في رجل ضرب عبده الحد في الزنى بالدرة أجزأه قال: إن كان ضربه في الظهر أجزأه وما هو بالبين. قال ابن رشد: قد مضى الكلام على هذه المسألة في رسم العتق من سماع عيسى.انتهى. ونص ما في سماع عيسى المشار إليه وسألت ابن القاسم عن رجل زنى عبده فضربه خمسين ضربة بغير سوط هل يجزئه ذلك من الحد قال: قال مالك لا يضرب الحد إلا بالسوط. قال ابن رشد: سأله في هذه الرواية هل يجزئه ذلك من الحد؟ فلم يجب

الحديث

....

[1888] – في المطبوع حكى عن ويحيى ص139 وم ص102 وما بين المعقوفين من ن عدود ص317 ويم ص139 ومايابى223.

[1889] – في المطبوع منهما ويحيى ص139 وم ص101 ويم ص118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص317 ومايابى223.

[1890] – في المطبوع أشهب وما بين المعقوفين من ن ذي ص318 ويحيى ص139 ويم ص118 وم ص101 ومايابى223 (الشرب).

[1891] – في المطبوع والمكروه ويم ص118 وما بين المعقوفين من ن عدود ص318 ويحيى ص139 وم ص101 ومايابى223.

[1892] *– في المطبوع يحوزه وما بين المعقوفين من يحيى482 وسيد42 وم101 ويم139 ومايابى223.

[1893] *– في المطبوع أو والمثبت من يحيى482 ويم139 وم102 وميابى223

نص خليل بِظَهْرِهِ وَكَتِفَيْهِ.

متن الحطاب على ذلك، وحكى له ما قال مالك من أن الحدود لا تضرب إلا بالسوط، وقال في سماع أبي زيد بعد هذا إنه إن ضربه في الزنى بالدرة في ظهره أجزأه. قال: وما هو بالبين، فيحمل قوله في سماع أبي زيد على التفسير لقوله في هذه الرواية؛ لأنه وإن كان الواجب أن يضرب الحدود بالسياط كما قاله مالك فلا يجب أن يعاد عليه الضرب بالسياط إذا ضرب بالدرة؛ إذ قد يكون من الدرر ما هو أوجع من كثير من السياط فلا يجمع عليه حدين إلا أن تكون الدرة التي ضرب بها لطيفة لا تؤلم ولا توجع، فلا بد من إعادة الحد بالسوط. انتهى من كتاب الحدود في القذف. وقوله: "معتدلين" قال في الموطإ إنه عليه السلام [أتى[1894]] بسوط مكسور فقال: {فوق هذا} فأتي بسوط [جديد[1895]] فقال: {دون هذا} فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به[1] أي بالشخص المحدود فحد.

قال الباجي في شرحه: قال عيسى بن دينار الثمرة الطرف، يريد أن طرفه محدود لم تنكسر حدته، فقال دون هذا فأتي بسوط قد ركب به، [ولان[1896]] يريد أنه قد انكسرت حدته ولم يخلق، ولم يبلغ مبلغا لا يألم من ضرب به فاقتضى ذلك أنه يحد بسوط بين سوطين، والضرب في الحدود كلها سواء. انتهى. وقال الجزولي: وإنما يضرب بالسوط، وصفته أن يكون من جلد واحد ولا يكون له رأسان، وأن يكون رأسه لينا ويقبض عليه بالخنصر والبنصر والوسطى، ولا يقبض عليه بالسبابة والإبهام، ويعقد عليه عقدة التسعين، ويقدم رجله اليمنى ويؤخر اليسرى. انتهى.

ص: **بظهره وكتفيه** ش: قال في رسم الأقضية الثالث من سماع أشهب من كتاب المحاربين والمرتدين: وسئل مالك عن عذاب اللصوص [بالدهن[1897]] وبهذه الخنافس التي تحمل على بطونهم؟ فقال: لا يحل هذا إنما هو السوط أو السجن إن لم يجد في ظهره مضربا فالسجن. قيل له أرأيت إن لم يجد في ظهره مضربا أترى أن يسطح فيضرب في أليتيه؟ قال: لا والله لا أرى ذلك إنما عليك ما

319 عليك إنما هو / الضرب بالسوط والسجن.

قال: فقيل أرأيت إن مات أيضا بالسوط؟ قال: إنما عليك ما عليك. قال ابن رشد: هذا بين على ما قاله لأنه لا يصح أن يعاقب أحد فيما تلزمه فيه العقوبة إلا بالجلد أو السجن الذي جاء به القرآن، وأما تعذيب أحد بما سوى ذلك من العذاب فلا يحل ولا يجوز، وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الله ليعذب في الآخرة الذين يعذبون الناس في الدنيا[2]}. انتهى بلفظه. والحديث رواه مسلم. وفي مختصر الوقار: والأدب أن يقنع بالسوط على رأسه، أو يضرب بالدرة على ظهره أو على قدميه ولا [يبطح[1898]] أحد على بطنه في أدب ولا غيره. انتهى من باب القذف.

الحديث

1 – حدثني مالك عن زيد بن اسلم أن رجلا اعترف على نفسه بالزنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فدعا له رسول الله صلى الله عليه وسلم بسوط فأتي بسوط مكسور فقال لا فوق هذا فأتي بسوط جديد لم تقطع ثمرته فقال دون هذا فأتي بسوط قد ركب به ولان فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فجلد ثم قال يايها الناس قد آن لكم أن تنتهوا عن حدود الله من أصاب من هذه القاذورات شيئا فليستتر بستر الله فإنه من يبد لنا صفحته نقم عليه كتاب الله. الموطإ، كتاب الحدود، رقم الحديث 1562، ط. دار الفكر.

2 – إن الله يعذب الذين يعذبون الناس في الدنيا، مسلم في صحيحه، كتاب البر والآداب، رقم الحديث 2613، دار إحياء التراث العربي.

1894 – في المطبوع أوتى ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن ذي ص318 ويم ص118 وم ص102 ومايابى224.

1895 – في المطبوع حديد وما بين المعقوفين من ن عدود ص318 ويحيى ص139 ويم ص118 وم ص102 ومايابى224.

1896 – في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من يحيى482 وسيد42 وم102 ويم139 ومايابى224.

1897 – ساقطة من المطبوع ويحيى ص139 وما بين المعقوفين من ن عدود ص318 ويم ص118 ومايابى224.

1898 *– في المطبوع يسطح وما بين المعقوفين من يحيى482 وسيد42 ومايابى224 ويم139.

نص خليل

وَجُرِّدَ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ مِمَّا يَقِي الضَّرْبَ وَنُدِبَ جَعْلُهَا فِي قُفَّةٍ وَعَزَّرَ الإِمَامُ لِمَعْصِيَةِ اللهِ أَوْ لِحَقِّ آدَمِيٍّ حَبْسًا وَلَوْمًا وَبِالإِقَامَةِ وَنَزْعِ العِمَامَةِ وَضَرْبٍ بِسَوْطٍ أَوْ غَيْرِهِ وَإِنْ زَادَ عَلَى الْحَدِّ أَوْ أَتَى عَلَى النَّفْسِ.

متن الحطاب

ص: وجرد الرجل والمرأة مما يقي الضرب ش: ينبغي أن يكون قوله مما يقي الضرب راجعا إلى المرأة فقط وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم. قال ابن عرفة: وسمع أبو زيد ابن القاسم في المرأة يكون عليها ثوبان في الحد قال: لا بأس بهما وينزع ما سوى ذلك.انتهى.

320

ص: وعزر الإمام لمعصية الله ش: قال ابن/ ناجي في شرح المدونة في كتاب القذف: الأدب يتغلظ بالزمان والمكان، فمن عصى الله في الكعبة أخص ممن عصاه في الحرم، ومن عصاه في الحرم أخص ممن عصاه في مكة، ومن عصاه في مكة أخص ممن عصاه خارجها. انتهى. وقال في المسائل الملقوطة: يلزم التعزير لمن سرق ما لا قطع فيه، والخلوة بالأجنبية، ووطء المكاتبة ونحو ذلك من الاستمناء وإتيان البهيمة واليمين الغموس والغش في الأسواق والعمل بالربا وشهادة الزور والتحليل والشهادة على نكاح السر، وكذلك الزوجان والولي إلا أن يعذروا بجهل فيجب على هؤلاء التعزير فقط، وتلزم [العقوبة من حمى الظلمة[1899]] وذب عنهم، ومن دفع [عن[1900]] شخص وجب عليه حق، ومن يحمي قاطع الطريق أو سارقا ونحو ذلك، فإن من يحميه ويمنعه عاص لله وتجب عقوبته حتى يحضره إن كان عنده وينزجر عن ذلك، إلا أن يكون إحضاره إلى من يظلمه ويأخذ ماله أو يتجاوز فيه ما أمر به شرعا فهذا لا يحضره، ولكن يتخلى عنه ويرتدع عن حمايته والدفع عنه. انتهى. ومنه ويؤدب من حلق شاربه ومن طلق ثلاثا في كلمة واحدة ومن نكح بين الفخذين، ومن قام بشكية باطل فينبغي أن يؤدب وأقل ذلك الحبس ليندفع بذلك أهل الباطل واللدد [انتهى[1901]] من أحكام ابن سهل. قاله في شهادة السماع والأحباس. والله أعلم.

تنبيه: ظاهر كلام المصنف أن المكروه لا أدب فيه، وصرح بذلك في باب الأيمان من التوضيح. قال في الحلف بغير أسماء الله تعالى: ويدخل في كلام ابن الحاجب الحلف بالطلاق والعتاق، وقد نصوا على تأديب الحالف بهما ولا يكون الأدب في المكروه. انتهى. وقال في المدخل في فصل اللباس: وقد قال علماؤنا في تارك شيء من السنن [والآدب[1902]] أن الواجب أن يقبح له فعله وأن يذم على ذلك، فإن أبى أن يرجع وإلا هجر من أجل ما أتى به من خلاف السنة. انتهى. وقد نقل في رسم الجنائز والصيد من سماع أشهب من كتاب الذبائح عن سيدنا عمر التأديب في المكروه. اهـ. وذلك أنه مر بشخص أضجع شاة يذبحها وجعل يحد الشفرة فعلاه بالدرة وقال: هلا حددتها أولا أو كما قال. وقد قال أصبغ: من ترك الوتر يؤدب، وقال سحنون يجرح، والظاهر أنه لا يعارضه، وأن من واظب على

الحديث

....

[1899] - في المطبوع ويحيى ص139 العقوبة على من حمى الظلمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص320 ويم118 وم102 ومايابى224.

[1900] - في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص320 ويحيى ص139 ويم ص118 وم ص102 ومايابى224.

[1901] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في م102.

[1902] *- في المطبوع والأدب وما بين المعقوفين من يحيى483 وسيد42 وم102 ومايابى225 ويم139.

نص خليل وَضَمِنَ مَا سَرَى كَطَبِيبٍ جَهِلَ أَوْ قَصَّرَ أَوْ بِلاَ إِذْنٍ مُعْتَبَرٍ وَلَوْ إِذْنَ عَبْدٍ بِفَصْدٍ أَوْ حِجَامَةٍ أَوْ خِتَانٍ وَكَتَأْجِيجِ نَارٍ فِي يَوْمٍ عَاصِفٍ وَكَسُقُوطِ جِدَارٍ مَّالَ وَأُنْذِرَ صَاحِبُهُ وَأَمْكَنَ تَدَارُكُهُ.

متن الحطاب ترك المسنون أو على فعل المكروه فهو الذي يؤدب ويجرح، ومن كان منه ذلك مرة لم يؤدب. والله أعلم.

مسألة: قال في المسائل الملقوطة: قال القرافي: الحدود واجبة الإقامة على الأئمة، واختلفوا في التعزير فقال مالك وأبو حنيفة رحمهما الله إن كان الحق لله وجب كالحدود إلا أن يغلب على ظن الإمام أن غير الضرب مصلحة من الملامة والكلام، وقال الشافعي غير واجب على الإمام. انتهى. ثم قال: مسألة ويجوز العفو عن التعزير والشفاعة [فيه[1903]] إذا كان الحق لآدمي، فإن تجرد عن حق الآدمي، وانفرد به حق السلطنة كان لولي الأمر مراعاة حكم الأصلح في العفو والتعزير وله التشفيع فيه. انتهى. وقال القاضي عياض في الإكمال في شرح قوله: {لتشفعوا ولتؤجروا[1]} والشفاعة لأصحاب الحوائج والرغبات عند السلطان وغيره مشروعة محمودة مأجور عليها صاحبها بشهادة هذا الحديث وشهادة كتاب الله بقوله: ﴿ من يشفع شفاعة حسنة ﴾ الآية على أحد التأويلين، وفيه أن معونة المسلم في كل حال [بفعل[1904]] أو قول فيها أجر، وفي عمومه الشفاعة للمذنبين، وهي جائزة فيما لا حد فيه، عند السلطان وغيره، وله قبول الشفاعة فيه والعفو إذا رأى ذلك، كما له العفو عنه ابتداء، وهذا فيمن كانت منه الفلتة والزلة وفي أهل الستر والعفاف أو من طمع بوقوعه عند السلطان والعفو عنه من العقوبة أن تكون له توبة، وأما المصرون على فسادهم المشتهرون في باطلهم فلا تجوز الشفاعة لأمثالهم، ولا ترك السلطان عقوبتهم لينزجروا عن ذلك وليرتدع غيرهم بما يفعل بهم، وقد جاء الوعيد في الشفاعة في الحدود./ انتهى. 321

ص: وضمن ما سري ش: قال في الجواهر: والتعزير جائز بشرط سلامة العاقبة فإن سرى ضمنت عاقلة المعزر بخلاف الحد. انتهى.

ص: وكسقوط جدار مال وأنذر صاحبه وأمكن تداركه ش: قال في كتاب الديات من المدونة: والحائط المخوف إذا أشهد على ربه، ثم عطب به أحد فربه ضامن، وإن لم يشهد به عليه لم يضمن وإن كان مخوفا. اهـ. ولم يبين عند من يكون الإشهاد. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ومعناه عند القاضي أو من له النظر في ذلك ولا ينفع الإشهاد إذا لم يكن كذلك إذا كان رب الحائط منكرا لميلانه بحيث يخشى عليه السقوط، وأما إن كان مقرا فإنه يكتفى بالإشهاد وإن لم يكن عند حاكم. قاله بعض القرويين، وقال ابن الماجشون لا يضمن إلا إذا قضى عليه السلطان [بالهد[1905]] فلم

الحديث 1 – عن أبي موسى قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال اشفعوا فلتؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب، مسلم في صحيحه، كتاب البر والصلة والادب، رقم الحديث 2627، ط دار إحياء التراث العربي، والبخاري في صحيحه، كتاب التوحيد 7476 ولفظ البخاري قريب منه.

1903 *- في المطبوع فيها وما بين المعقوفين من يحيى483 وم102 ومايابى225 ويم139.

1904 *- في المطبوع لفعل وما بين المعقوفين من يحيى483 وم102 ومايابى225 ويم139.

1905 – هكذا في ن عدود ص321 وصوبه الشيخ محمد سالم بما في المطبوع بالهدم وهو الذي في يحيى140 ويم140 وم103. وفي نسخة قلمية من التوضيح ص591 بهدمه.

نص خليل ....

متن الحطاب يفعل، وقال أشهب إذا بلغ الحائط ما لا يجوز لصاحبه تركه لشدة ميلانه فهو متعد ضامن أشهد عليه أم لا. انتهى. وقال في العتبية في أول مسألة من سماع يحيى من كتاب السلطان: قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن جدار رجل بين داره ودار جاره مال ميلا شديدا حتى خيف انهدامه أترى السلطان إذا [شكا[1906]] ذلك جاره ومن يخاف من إذايته وضرره أن يأمر صاحبه بهدمه؟ فقال: نعم ذلك واجب عليه أن يأمر بهدمه. قلت له: فإن [شكا[1907]] إليه ما يخاف [من[1908]] انهدام الجدار فلم يهدمه حتى انهدم على إنسان أو دابة أو بيت لصق به فقتل أو هدم ما سقط عليه أيضمن ذلك صاحب الجدار قال: نعم يضمن كل ما أصاب الجدار بعد الشكية إليه والبيان له. قال يحيى: وإن لم يكن ذلك بسلطان فإنه ضامن إذا انهدم وأشهد عليه.

قال ابن رشد: قول يحيى إنه ضامن لما أفسد الحائط إذا انهدم بعد التقدم إليه والإشهاد عليه وإن لم يكن ذلك بسلطان مفسر لقول ابن القاسم، ومثل ما في المدونة. اهـ. وقد قيل إنه لا ضمان عليه إلا فيما أفسد بانهدامه بعد أن قضى عليه السلطان بهدمه ففرط في ذلك، وهو قول عبد الملك وقول ابن وهب في سماع زونان، وقد قيل إنه ضامن لما أصاب إذا تركه بعد أن بلغ حدا كان يجب عليه هدمه وإن لم يتقدم إليه ولا أشهد عليه، وهو قول أشهب وسحنون. انتهى.

فرع: قال في المدونة: وإذا كانت الدار مرهونة أو مكتراة لم ينفعهم الإشهاد إلا على ربها، فإن غاب رفع أمره إلى الإمام، ولا ينفعهم الإشهاد على الساكن؛ إذ ليس [له[1909]] هدم الدار.انتهى. وقال في النوادر في ترجمة الكلب العقور والجمل الصؤول من كتاب الديات الثاني عن سماع أشهب إنه لا ضمان على ربها، ولا على من هي بأيديهم [بكراء أو رهن إذا لم يكن مخوفا بحضرة ربها ثم غاب، فإن كان هكذا فهو ضامن دون من هي بأيديهم،[1910]] ولو أمرهم السلطان بالهدم والبناء فلا شيء عليهم. قال محمد ابن عبد الحكم: وينبغي للقاضي إذا كان الحائط مخوفا [أن[1911]] لا يمهل أصحابه [إن حضروا[1912]] حتى يهدم [علا[1913]] المكان، فإن لم يحضروا أمر بهدمه، وأنفق على ذلك من نقضه إن لم يجد لهم مالا، فإن كان [لصبي[1914]].في ولاية أب أو وصي فإليهما يتقدم السلطان، فإن لم يفعل

الحديث ....

[1906] *- في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1907] *- في المطبوع شكى وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1908] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى483 وم103 ويم140.

[1909] *- في المطبوع لهم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم يحيى438.

[1910] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص321 ويحيى141 ويم119 وم103 ومايابى226 علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ وصواب العبارة مخوفا.

[1911] - ساقطة من المطبوع ومايابى226 ويحيى ص141 ويم ص119 وم ص103 وما بين المعقوفين من ن عدود ص321.

[1912] *- في المطبوع أن يحضروا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1913] *- في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من النوادر ج13 ص513.

[1914] *- في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل أَوْ عَضَّهُ فَسَلَّ يَدَهُ فَقَلَعَ أَسْنَانَهُ.

متن الحطاب 322 من [قدم[1915]] ذلك إليه حتى سقط فما أفسد أو قتل كان/ ذلك في ماله من أب أو وصي دون مال الصبي إذا [أمكنهما[1916]] الهدم [فتركاه.[1917]] انتهى.

تنبيه: إذا كان رب الحائط غائبا وكان له وكيل وتقدم إليه فلم يفعل حتى سقط الحائط فهل يضمن ذلك في ماله؟ لم أر فيه نصا صريحا، والظاهر أنه يضمن قياسا على الأب والوصي فتأمله. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن رشد في أول سماع يحيى من كتاب السلطان إثر كلامه المتقدم: والضمان في ذلك لا يتعدى المال إلى العاقلة عند ابن القاسم. كذا روى عيسى عنه في رسم لم يدرك من كتاب الديات، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، وروى زونان في سماعه عن ابن وهب أن العاقلة تحمل من ذلك الثلث فصاعدا، وهو قول مالك رواه عنه أشهب وابن عبد الحكم. انتهى.

ص: **أو عضه فسل يده فقلع أسنانه** ش: هذا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يعين ما الذي يضمنه هل دية الأسنان أو القود؟ وقال في التوضيح في قول ابن الحاجب: "ولو عضه فسل يده ضمن أسنانه على الأصح": يعني دية الأسنان، والأصح عبر عنه المازري وغيره بالمشهور، ونقل مقابله عن بعض الأصحاب، وهو أظهر لما في الصحيحين عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فيه، فوقعت ثناياه فاختصما إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال: {يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك[1]} زاد أبو داود {إن شئت أن تمكنه من يدك فيعضها ثم تنزعها من فيه[2]} وقال ابن المواز: الحديث لم يروه مالك ولو ثبت عنده لم يخالفه، وتأوله بعض شيوخ المازري على أن المعضوض لا يمكنه النزع إلا بذلك.

وحمل تضمين بعض الأصحاب على أنه يمكنه النزع برفق بحيث لا تنقلع أسنان العاض فصار متعديا بالزيادة فلذلك ضمنوه. اهـ. وقال القرطبي في شرح مسلم قوله صلى الله عليه وسلم: {لا دية لك[3]} وفي رواية {فأبطله[4]}، وقوله: فأبطله هذا نص صريح في إسقاط القصاص والدية في ذلك، ولم يقل أحد بالقصاص فيما [علمت، وإنما[1918]] الخلاف في الضمان فأسقطه أبو حنيفة وبعض أصحابنا، وضمنه الشافعي، وهو مشهور مذهب مالك، ونزل بعض أصحابنا القول بالضمان على ما إذا أمكنه النزع برفق فنزعها بعنف، وحمل بعض أصحابنا الحديث على أنه كان متحرك الثنايا، وهذا يحتاج إلى [خطم[1919]] وأزمة، ولا ينبغي أن يعدل عن صريح الحديث. انتهى. وما ذكره عن مذهب الشافعي خلاف ما ذكره النووي من موافقة أبي حنيفة وهو أعرف بمذهبه، وفي مسلم {ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها[5]} قال القرطبي: هو أمر على جهة الإنكار كما قال صلى الله عليه وسلم في الرواية

الحديث

1 – أن رجلا عض يد رجل فنزع يده من فمه فوقعت ثنيتاه فاختصموا إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يعض أحدكم أخاه كما يعض الفحل لا دية لك، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب الديات، دار الفجر للتراث، القاهرة 2005، رقم الحديث 6892. ومسلم في صحيحه، كتاب القسامة، رقم الحديث1673.

2 – أبو داود في سننه، كتاب الديات، ط. دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث4585.

3 –الحديث السابق1، في صحيح مسلم وصحيح البخاري رقم 1.

4– الحديث السابق رقم1 في صحيح مسلم.

5– الحديث السابق في صحيح مسلم رقم1.

1915 *– علق عليه الشيخ محمد سالم ب هكذا في النسخ والصواب تقدم إليه ذلك وعبارة مطبوعة النوادر من قدم ذلك إليه ج13 ص513.

1916 *– في المطبوع أمكن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1917 *– في المطبوع وتركاه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1918 *– في المطبوع علمت انتهى وإنما وما بين المعقوفين من يحيى484 وم103 ويم140 وسيد43 ومايابى226.

1919 *– في المطبوع حطم وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

نص خليل

أَوْ نَظَرَ لَهُ مِنْ كَوَّةٍ فَقَصَدَ عَيْنَهُ وَإِلاَّ فَلاَ كَسُقُوطِ مِيزَابٍ أَوْ بَغْتِ رِيحٍ لِنَارٍ كَحَرْقِهَا قَائِمًا لِطَفْئِهَا.

متن الحطاب

الأخرى: {بم تأمرني تأمرني أن آمره أن يدع يده في فيك [تَقْضَمُهَا[1920]] كما يقضم الفحل[1]} فمعناه أنك لا تدع يدك في فيه يقضمها ولا يمكن أن يؤمر بذلك. انتهى. زاد النووي {فكيف تنكر عليه أن ينزع يده من فيك وتطلبه بما جنى في جذبه} كذلك قاله القاضي. انتهى. ويقضمها بفتح الضاد مضارع قضم بكسرها؛ يقال قضمت الدابة شعيرها إذا أكلته بأطراف أسنانها، وخضمت بالخاء المعجمة إذا أكلت بفيها كله، ويقال الخضم أكل الرطب، والقضم أكل اليابس، ومنه قول الحسن: تخضمون ويقضم والموعد القيامة. انتهى من القرطبي. والفحل ذكر الإبل.

ص: أو نظر له من كوة فقصد [عينه وإلا[1921]] فلا ش: هذا أيضا معطوف على ما فيه الضمان، ولم يبين المضمون أيضا هل هو القود أو الدية؟ واعلم أن الذي يقتضيه كلام المازري وغيره من الأشياخ أن هذه المسألة كالتي قبلها. قال المازري في المعلم في شرح الحديث الأول: ومن هذا المعنى لو رمى إنسان أحدا ينظر إليه في بيته فأصاب عينه فاختلف أصحابنا أيضا في ذلك فالأكثر منهم على إثبات الضمان، والأقل منهم على نفي الضمان، وبالأول قال أبو حنيفة، وبالثاني قال الشافعي، فأما [نفي[1922]] الضمان فلقوله صلى الله عليه وسلم: {لو أن أحدا اطلع عليك بغير إذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح[2]} وأما إثبات الضمان فلأنه لو نظر إنسان إلى عورة إنسان بغير/

323

إذنه لم يستبح فقء عينه، فالنظر إلى الإنسان في بيته [أولى[1923]] أن لا يستباح به، ومحمل الحديث عندهم على أنه رماه لينبهه على أنه فطن به، أو ليدافعه عن ذلك غير قاصد فقء عينه فانفقأت عينه خطأ فالجناح منتف، وهو الذي نفي في الحديث، وأما الدية فلا ذكر لها. انتهى.

وذكر القرطبي في شرح مسلم نحوه، فدل هذا الكلام على أن القائلين بالضمان يقولون به، سواء قصد فقء عينه أو لا، إلا أنه إن لم يقصد فقء عينه ففعله جائز وإنما يضمن الدية، وإن قصد فقء عينه فلا يجوز فعله ويضمن، والظاهر أن المراد حينئذ بالضمان القود، وصرح به ابن شاس والقرافي وابن الحاجب. قال في الجواهر: ولو نظر إلى حريم إنسان من كوة [أو صيرباب[1924]] لم يجز أن يقصد عينه بإبرة أو غيرها، وفيه القود إن فعل ويجب تقدم الإنذار في كل دفع، وإن كان الباب مفتوحا فأولى أن لا يجوز قصد عينه. انتهى. ونحوه في الذخيرة، وعلى هذا فيكون الضمان الذي أثبته المصنف بقوله: "أو نظر من كوة فقصد عينه" هو القود، والذي نفاه بقوله: "وإلا فلا" هو القود أيضا دون الدية. والله أعلم. قال في التوضيح: [والصير[1925]] بكسر الصاد شق الباب. قاله الجوهري. انتهى.

الحديث

[1] – قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تأمرني تأمرني أن آمره أن يدع يده في فيك تقضمها كما يقضم الفحل ادفع يدك حتى يعضها ثم انتزعها، صحيح مسلم، كتاب القسامة، دار الغرب الاسلامي 1972، رقم الحديث 1673.

[2] – البخاري، الجامع الصحيح، دار الفجر للتراث 2005، رقم الحديث 6902.

[1920] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من صحيح مسلم حديث 1673.

[1921] *– النسخة التي شرح عليها المواق عينه ففقأها وإلا.

[1922] – في المطبوع ففي وما بين المعقوفين من ن عدود ص322 ويحيى ص141 ويم ص119 وم ص103 ومايابى227.

[1923] – في المطبوع أولا وما بين المعقوفين من ن عدود ص323 وم103 ويحيى484 ويم140.

[1924] *– في المطبوع أو صر باب وما بين المعقوفين من م103 ويم وصحاح الجوهري.

[1925] – في المطبوع والصر وما بين المعقوفين من يم وصحاح الجوهري.

نص خليل

وَجَازَ دَفْعُ صَائِلٍ بَعْدَ الإِنْذَارِ لِلْفَاهِمِ وَإِنْ عَنْ مَالٍ وَقَصْدُ قَتْلِهِ إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ لاَ يَنْدَفِعُ إِلاَّ بِهِ لاَ جُرْحٌ إِنْ قَدَرَ عَلَى الْهَرَبِ مِنْهُ بِلاَ مَشَقَّةٍ وَمَا أَتْلَفَتْهُ الْبَهَائِمُ لَيْلاً فَعَلَى رَبِّهَا وَإِنْ زَادَ عَلَى قِيمَتِهَا بِقِيمَتِهِ عَلَى الرَّجَاءِ وَالْخَوْفِ لاَ نَهَارًا إِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا رَاعٍ وَسُرِّحَتْ بُعْدَ الْمَزَارِعِ وَإِلاَّ فَعَلَى الرَّاعِي.

متن الحطاب

ص: ش: انظر هل مراده بالجواز المستوي الطرفين كما هو اصطلاحه هو وغيره من المتأخرين، أو مراده بالجواز جواز الإقدام حتى يشمل الوجوب، وظاهر كلام ابن العربي فيما نقل عنه في الذخيرة في هذا المحل، وفي الفروق في الفرق السابع والأربعين بعد المائتين أن الحكم في دفع الصائل الجواز المستوي الطرفين، وذكر القرطبي وابن الفرس في الوجوب قولين قالا: والأصح الوجوب فانظر ذلك، وانظر الأبي في شرح قوله عليه السلام: {من مات دون ماله فهو شهيد[1]} وفي منع فضل الماء حتى مات الممنوع في كتاب الإيمان من مسلم، وانظر مسألة من وجد مع امرأته رجلا فقتله في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب القذف، وفي الجزء الرابع من كتاب الديات من النوادر، وفي كتاب الحدود في الزنا منها، وفي الفصل السابع من القسم الثالث من التبصرة / 324

كتاب العتق. قال في الصحاح: العتق الكرم؛ يقال ما أبين العتق في وجه فلان يعني الكرم، والعتق الجمال، والعتق الحرية، وكذلك العتاق بالفتح والعتاقة؛ يقال منه عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق وعاتق وأعتقته أنا. انتهى. ثم قال: وعتق الشيء بالضم عتاقة أي قدم وصار عتيقا، وكذلك عتق يعتق مثل دخل يدخل فهو عاتق.[1926] انتهى. ثم قال: وعتاق الطير الجوارح منها، والأرحبيات العتاق النجائب منها. انتهى. يعني أنه بكسر العين والأرحبيات الإبل. قال في الصحاح: وأرحب قبيلة من [همدان[1927]] ينسب إليها الأرحبيات من الإبل. انتهى.

وقال القاضي عياض في المشارق: يقال عتق المملوك يعتق عتقا وعتاقة بالفتح فيهما. قال الخليل: وعتاقا بالفتح أيضا. قال غيره: والاسم منه العتق بالكسر والعتاق بالفتح، ولا يقال عتق إنما هو أعتق إذا أعتقه سيده. انتهى.

وقال في التنبيهات: العتق والعتاق بالفتح فيهما، وعتق الغلام وأعتقه سيده فهو عتيق، وعبيد عتقاء وأمة عتيقة، ولا يقال عاتق ولا عواتق إلا أن يراد مستقبل أمره فهو عاتق غدا، ولا يقال عتق الغلام بضم العين ولكن أعتق، ومعنى العتق ارتفاع الملك. انتهى. وقوله في التنبيهات: ولا يقال عاتق مخالف لما تقدم في الصحاح، وقال في القاموس: العتق بالكسر الكرم والجمال والنجابة والشرف والحرية، وبالضم جمع عتيق وعاتق المنكب،[1928] والحرية عتق العبد يعتق عتقا ويفتح [أو بالفتح[1929]] المصدر وبالكسر الاسم، وعتاقا وعتاقة [بفتحهما[1930]] خرج عن الرق فهو عتيق وعاتق الجمع

الحديث

1 – من قتل دون ماله فهو شهيد، مسلم في صحيحه، كتاب الإيمان، رقم الحديث 141، دار إحياء التراث العربي، ص125.

1926 *– في م104 فيقال عاتق.

1927 *– في المطبوع همذان وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

1928 *– في يحيى485 وم104 ويم141 ومايابى228 وعاتق للمنكب.

1929 – في المطبوع وبالفتح وما بين المعقوفين من ن عدود ص324 ويم ص120 وم ص104 ومايابى228.

1930 – في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن عدود ص324 ويحيى ص142 ويم ص120 وم ص104 ومايابى228.

نص خليل ....

متن الحطاب [عتقاء.[1931]] ثم قال: والعتق بالكسر ويضم للموات كالخمر والتمر وككتاب من الطير الجوارح ومن الخيل النجائب. انتهى. وقال ابن حجر في فتح الباري في باب ما يستحب من العتاقة في الكسوف من كتاب العتق: العتاقة بفتح العين ووهم من كسرها، يقال عتق يعتق عتاقا وعتاقة، والمراد الإعتاق وهو ملزوم العتاقة. ثم قال بعد ذلك: وإلا فقد عتق [منه[1932]] ما عتق. قال الداودي: هو بفتح العين من الأول، ويجوز الفتح والضم في الثاني، وتعقبه ابن التين بأنه لم يقله غيره، وإنما يقال عتق بالفتح وأعتق بضم الهمزة؛ لأن الفعل لازم غير متعد.

وقال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب المحكم: العتق خلاف الرق عتق يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقة فهو عتيق، وحلف بالعتاق أي بالإعتاق. انتهى. فتحصل من هذا أنه يقال العتق بكسر العين وفتحها والعتاق والعتاقة [بفتحهما[1933]] فقط، وأنه يقال عتق يعتق كضرب يضرب، ولا يقال عتق بضم العين. والله أعلم. وقال في الذخيرة: والعتق في اللغة الخلوص، ومنه عتاق الخيل وعتاق الطير أي [خوالصها،[1934]] والبيت الحرام عتيق لخلوصه من أيدي الجبابرة، وفي الشرع خلوص الرقبة من الرق. انتهى. وقيل سمي البيت عتيقا لأنه أول بيت وضع للناس، وقيل لخلوصه من الطوفان، وقيل لخلوصه من أيدي الجبابرة. والله أعلم.

وأما في الشرع فقال ابن عبد السلام: استغنى ابن الحاجب عن تعريف حقيقته لشهرتها عند العامة والخاصة فقال ابن عرفة: يرد قوله بأن ذلك من حيث وجودها لا من حيث إدراك حقيقتها، بل كثير من المدرسين لو قيل له ما حقيقة العتق لم يجب بشيء، ومن تأمل وأنصف أدرك ما قلناه. والله أعلم بمن اهتدى. انتهى. وعرفه في التنبيهات وابن رشد كالقرافي بأنه ارتفاع الملك عن الرقيق، وليس بمانع كما سيأتي في كلام ابن عرفة فإنه قال: العتق رفع ملك حقيقي لا بسباء محرم عن آدمي حي. فخرج: "بحقيقي" استحقاق عبد بحرية، وخرج: "بسباء محرم" فداء المسلم من حربي سباه أو ممن صار له منه، وخرج بقوله: "عن آدمي حي" رفعه عنه بموته. انتهى. وقوله: "ملك" يصدق/ برفع ملك وانتقاله إلى ملك آخر. فتأمله. فيكون غير مانع، وكذلك يصدق على عبد الحربي إذا أسلم وبقي عند سيده حتى غنمه المسلمون فإنه حر على المشهور، وليس هذا عتقا اصطلاحا، وكذلك يصدق حده على وقف الرقيق على مقابل المشهور القائل بأن ملك الواقف ارتفع عن الموقوف فتأمل ذلك، ولو قال رفع الملك الحقيقي الكائن لمسلم عن آدمي حي من غير تحجير منفعته لسلم فيما يظهر من جميع ما يرد عليه ويكون اللام في الملك للحقيقة. والله أعلم. وقوله: "عن آدمي حي" يؤخذ منه صحة عتق من

325

الحديث ....

[1931] – في المطبوع ومايابى228 يحيى ص142 وم ص104 ويم ص120 عتائق وما بين المعقوفين من ن عدود ص324.

[1932] – ساقط من المطبوع ويم ص120 وم ص104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص324 ويحيى ص142 ومايابى228.

[1933] – في المطبوع بفتحها وما بين المعقوفين من ن ز ص324 ويحيى ص142 ويم ص120 وم ص104 ومايابى228.

[1934] – هكذا في ن عدود ص324 وفي المطبوع خالصوها ومثله في مطبوعة الذخيرة ج9 ص1 وعلق عليه الشيخ محمد سالم ب الصواب عربيا خلصها أو خوالصها.

نص خليل ....

متن الحطاب

في السياق. قال في المسائل الملقوطة: لو أعتق من في سياق الموت الظاهر صحة العتق؛ لأنه لو عاش لم يعد رقيقا فترتب عليه أحكام الحرية ويصلى عليه في صف الرجال الأحرار [ويجر[1935]] ولاؤه لمعتقه، ولو قذفه أحد في تلك الحال بعد العتق حد له على أنه حر، وكذلك لو أجهز عليه أحد فقتله وهو في السياق فحكمه حكم الحر لا حكم العبد، ففي النظر هل يحصل له من الثواب في [عتقه[1936]] ثواب من أعتق صحيحا، ولا شك أنه خلصه من الرق، ولأنه قابل لأن يهبه لرجل بغير ثواب فكذلك تنجيز عتقه لله تعالى من تسهيل المهمات في قوله: "ولا يباع من في السياق" .انتهى. وحكمه الندب، وهو من أفضل الأعمال وأعظم القربات، ويدل على عظيم قدره ما في الصحيح من حديث أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {لن يجزي ولد والده إلا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه[1]} قال في التوضيح: وكان الوالد لما كان سببا لوجود الولد وذلك من أعظم النعم [فالذي[1937]] يشبه ذلك إخراج الولد لوالده من عدم الرق إلى وجود الحرية؛ لأن الرقيق كالمعدوم وربما كان العدم خيرا منه. انتهى. ونحوه للقاضي أبي بكر بن العربي في قوله تعالى: ﴿ وقل رب ارحمهما كما ربياني صغيرا ﴾ وقال في الذخيرة: وفي الصحيحين قال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {من أعتق رقبة مؤمنة أعتق [الله[1938]] بكل إرب منها إربا منه من النار حتى إنه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج[2]} ثم قال: قال اللخمي: ظاهر الحديث يقتضي أنه إذا أعتق ناقص عضو لا تحجب النار عن الذي يقابله وهو ممكن؛ لأن الألم يخلقه الله في أي عضو شاء كما في الصحيح: {إن الله حرم على النار أن تأكل موضع السجود[3]}. انتهى. والإرب العضو. قال في التوضيح: روى مسلم في صحيحه عن أبي هريرة {من أعتق رقبة أعتق الله بكل عضو منها عضوا من أعضائه حتى فرجه بفرجه[4]} وفي الترمذي[5]، وصححه أنه عليه الصلاة والسلام قال: {أيما امرىء مسلم أعتق امرأ مسلما كان فكاكه من النار يجزىء كل عضو منه عضوا منه، وأيما امرىء مسلم أعتق امرأتين مسلمتين [كانتا[1939]]

الحديث

1 – مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1510، ط. دار إحياء التراث العربي.
2 – البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث6715 ومسلم في صحيحه، كتاب العتق، ط. دار إحياء التراث العربي، رقم الحديث1509.
3 – جزء من حديث طويل أخرجه البخاري في صحيحه، كتاب الرقاق، رقم الحديث 6573. ولفظه وحرم الله على النار أن تأكل من ابن آدم أثر السجود.
4 – مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم 1509، ط. دار إحياء التراث العربي.
5 – الترمذي، كتاب النذور والايمان، رقم الحديث 1546.

1935 – في المطبوع ويحد ويم ص120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 ويحيى ص142 (ومايابى229 وتجر).
1936 – في المطبوع عتق ويحيى ص142 وم ص104 ويم ص120 وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 ومايابى229.
1937 *– كذا في النسخ وفي منح الجليل لمحمد عليش، ج9 ص372 كان الذي يشبه ذلك.
1938 – ساقط من المطبوع ومايابى229 وم ص104 وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 ويحيى ص142 ويم ص120.
1939 – في المطبوع كانت وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 ويحيى ص142 ويم ص120 وم ص104.

نص خليل ....

متن الحطاب فكاكه من النار يجزىء كل عضو منهما عضوا منه، وأيما امرأة مسلمة أعتقت امرأة مسلمة [كانت[1940]] فكاكها من النار يجزي كل عضو منها عضوا منها،} قيل ولعل هذا لأن دية المرأة على النصف من دية الرجل. انتهى. والعتق وإن كان مندوبا فقد يجب. قال في اللباب: ولوجوبه عشرة أسباب إصدار الصيغة والكتابة والتدبير والإيلاد والمثلة والسراية والقرابة، ويضاف إلى ذلك اليمين بالعتق والنذر به وقتل الخطإ والظهار وكفارة اليمين إن اختار العتق،فتكون اثني عشر. انتهى. وذكر في التنبيهات أن أسبابه عشرة، وعد ثلاثة عشر، ثم ألحق [بها[1941]] وجهين آخرين.

قال: والعتق مندوب إليه في الجملة، ويجب أحيانا بعشرة أسباب بإلزام الرجل ذلك نفسه، وتبتيله عتق مملوكه ابتداء وبنذره ذلك لأمر كان أو يكون، وبالحنث في يمين بذلك، أو بحمل مملوكته منه أو بعتقه بعضه فيبتل عليه باقيه، أو بالتمثيل به، أو بشرائه من يعتق عليه أو بقتل النفس خطأ، أو بوطه المظاهر أو بكتابة العبد أو مقاطعته على مال أو خدمته بذلك، ويلحق بذلك وجهان آخران وهما كفارة اليمين بالله، وكفارة الفطر في رمضان عمدا، إلا أن الفرض في هذين/ [موضع[1942]] للتخيير 326 بينه وبين غيره وإنما يتعين بتعيين المكفر. انتهى. إلا أن يكون قوله: "بإلزام الرجل ذلك نفسه وتبتيله عتق مملوكه" سببا واحدا، وهو ظاهر، وكذلك قوله: "أو بمكاتبة العبد الخ" فيكون حينئذ عشرة أسباب فقط وهو الظاهر.

وقال في اللباب عقب ذكره الأسباب المتقدمة: ويجب أن يعلم أن ما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب، ألا ترى أنه [جل وعلا[1943]] قد وعد بالمغفرة على أسباب كثيرة تكاد تخرج عن الحصر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: {صوم يوم عرفة يكفر السنة الماضية والآتية، وصوم يوم عاشوراء يكفر الماضية، ورمضان إلى رمضان يكفر ما بينهما، والصلوات الخمس يكفرن ما بينهن؛ وإذا توضأ خرجت الخطايا من بين أشفار عينيه[1]} وقد قلت لشيخنا شهاب الدين رحمه الله: إذا كان يوم عرفة يكفر الماضية والآتية فأي شيء يكفر يوم عاشوراء وكذلك ما ذكرناه، فقال لي: ذلك دليل على أنه تعالى مريد للمغفرة لعباده،فإن العبد إذا أخطأه سبب لا يخطئه غيره، وما كثرت أسبابه كان إلى الوقوع أقرب فتنبه لذلك. انتهى. وحكمة مشروعيته قال في اللباب: هي التنبيه على شرف الآدمي وتكرمته، فإن الرق إذلال له، والترغيب في مكارم الأخلاق وتعاطي أسباب النجاة من النار. انتهى.

فرع: قال ابن سلمون في وثائقه: سئل ابن رشد في عتق الإماء والعبيد أيهما أفضل؟ فقال: اختلف العلماء في ذلك فمنهم من قال إن عتق الأكثر ثمنا منهم [أعلى[1944]] في الأجر ذكرا كان أو أنثى؛

الحديث 1- مسلم في صحيحه، كتاب الطهارة، رقم الحديث233، ط. دار إحياء التراث العربي.

[1940] - في المطبوع كانتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص325 ويحيى ص142 ومايابى229.

[1941] - في المطبوع بهم وما بين المعقوفين من يحيى486.

[1942] - في المطبوع موضوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص326 ويحيى ص143 ويم ص120 وم ص104 ومايابى229.

[1943] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص326 ويحيى ص143 وم ص104 ويم ص120 ومايابى229.

[1944] *- في المطبوع أعلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص325.

نص خليل **باب إِنَّمَا يَصِحُّ إِعْتَاقُ مُكَلَّفٍ بِلاَ حَجْرٍ وَإِحَاطَةِ دَيْنٍ.**

متن الحطاب لأن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل أي الرقاب أفضل؟ فقال: {أعلاها ثمنا[1945] وأنفسها عند أهلها[1]} ولم يخص ذكرا من أنثى، وأما إذا استوى الذكر والأنثى فعتق الذكر أفضل، كما أن عتق الأفضل في الدين من العبدين والأمتين أفضل، وهذا لا اختلاف فيه، وإنما اختلف في الأفضل من عتق الكافر أو المسلم إذا كان الكافر أكثر ثمنا، فقيل إن عتق الأكثر ثمنا أفضل وإن كان كافرا؛ لعموم الحديث، وقيل إن عتق المسلم أفضل، وإن الحديث إنما معناه مع استواء الرقاب، وكذلك الأفضل من عتق الكافر من كان منهم أكثر ثمنا. قال: وإن [استووا[1946]] في الأثمان فالذي أقول به أن عتق الأنثى منهم أفضل؛ لأن عتقها يحل للمسلمين نكاحها ولا منفعة في عتق الكافر الذكر. اهـ.

ص: **باب إنما يصح إعتاق مكلف** ش: أخرج به الصبي، فلا يصح عتق الصبي ولو علقه بيمين فحنث فيها بعد البلوغ كان بإذن وليه أو بغير إذنه. قاله في المقدمات وغيرها. وقال في العتق الثاني من المدونة: ولا يجوز عتق المعتوه إذا كان مطبقا ولا الصبي، وإن قال صبي كل مملوك لي حر إذا احتلمت، فاحتلم فلا شيء عليه، وكذا المجنون. قال في عتقها الثاني: ومن حلف بعتق عبده إن فعل كذا فجن، ثم فعل ذلك في حال جنونه فلا شيء عليه. قال أبو الحسن: قال أصبغ ومن حلف ليفعلن فعلا إلى أجل كذا ثم جن، فمضى الأجل وهو مجنون فإنه حانث، وقال غيره لا يحنث لأنه مضى الأجل وهو في حال لا تنعقد اليمين فيه انتهى. ويدخل السكران. قال في عتقها الثاني: وعتق السكران وتدبيره جائز إذا كان غير مولى عليه. قال أبو الحسن: أما الطافح فكالبهيمة لا خلاف أنه لا يلزمه شيء. اهـ كلامه بالمعنى.

ص: **بلا حجر** ش: هذا قيد ثان وهو عدم التحجير فيخرج السفيه المولى عليه. قال في كتاب المديان منها: ولا يجوز للمولى عليه عتق ولا صدقة ولا هبة ولا بيع، ولا يلزمه ذلك بعد بلوغه ورشده إلا أن يجيزه الآن، وأستحب له إمضاءه ولا أجبره عليه. انتهى. قال في المقدمات كان الولي رده أم لم يرده، واختلف إذا كان بيمين فحنث فيها بعد ولاية نفسه، واختلف أيضا إن لم يعلم بذلك حتى مات هل للورثة رد ذلك؟/ على قولين حكاهما ابن حبيب في الواضحة. انتهى. والقول بلزوم الحنث لأشهب، والقول بعدمه لابن القاسم. كذا عزاه أبو الحسن في العتق الثاني في شرح قولها، وإن قال صبي كل مملوك لي حر المتقدم. والله أعلم. 327

فرع: قال في رسم قطع الشجرة وهو أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق الثاني: لو قال لملوك من مماليك أبيه إن ملكتك فأنت حر فمات أبوه وملكه فإن كان يوم قاله سفيها فلا يلزمه العتق، وإن كان رشيدا عتق عليه. قال ابن رشد: واختلف هل هو محمول في حياة أبيه على الرشد، أو على السفه؟ والمشهور أنه محمول على السفه. انتهى. ونقله أبو الحسن.

تنبيهات: الأول: قوله في المدونة: "أستحب إلى آخره" قال أبو الحسن: وفي الأمهات لا يجوز له في ماله بيع ولا عتق ولا شراء ولا هبة ولا صدقة، والهبة والصدقة لغير ثواب كالعتق، واستحب له أن

الحديث 1 – البخاري في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 2518.

1945 *- في سيد43 أغلاها ثمنا.

1946 – في المطبوع استوى وما بين المعقوفين مـن ن عـدود ص326 ويحيـى ص143 وم ص105 ويـم ص121 ومايابى230.

نص خليل ....

متن الحطاب يمضيها، فظاهره أنه راجع إلى العتق وما أشبهه من الهبة والصدقة لغير الثواب. انتهى. وقال أبو الحسن: قال عياض: ظاهر التهذيب أنه راجع إلى الجميع، وعليه اختصرها المختصرون وأنه يستحب له إمضاء جميع ما فعله وفيه نظر، والصحيح سواه وأنه لا يستحب له أن يمضي إلا ما كان لله قربة، وأما ما بينه وبين العباد فأي استحباب في هذا، وكذا جاء منصوصا في سماع أشهب على ما تأولناه. قال الشيخ أبو الحسن: وقد يكون أيضا فيه قربة بإسعاف أخيه المسلم بإمضاء صفقته لغبطته بها كأن يكون قربة في الإقالة والتولية. انتهى. وهو ظاهر فتأمله. والله أعلم.

الثاني: ظاهر كلام المؤلف أن السفيه لا يصح عتقه في جميع ما يصح فيه العتق، وليس على عمومه فقد قدم في باب الحجر أنه يجوز عتقه لمستولدته، وقال في المدونة إثر الكلام السابق: وما ليس له فيه إلا المنفعة ففعله فيه جائز ويجوز طلاقه لزوجته وعتقه لأم ولده. انتهى. وهل يتبعها مالها؟ نقل في التوضيح في باب الحجر في ذلك ثلاثة أقوال؛ يفرق في الثالث بين اليسير والكثير، ونقلها غيره، وعزا اللخمي الثالث لابن القاسم، وقال إنه الأشبه. ذكره في الحجر. والقول الثاني أنه لا يتبعها مالها وإن لم يستثنه. قال ابن رشد في رسم العتق من سماع أشهب: هو أظهر الأقوال، وأولاها بالصواب. انتهى من العتق. وتقدم في باب الحجر الكلام على جميع ما تقدم بأبسط من هذا.

الثالث: يؤخذ من كلام المؤلف أن السفيه المهمل عتقه جائز؛ لأنه إلى الآن لم يحجر عليه، وأنه إذا حجر عليه ثم ظهر رشده ولم يطلقه الحاكم فعتقه غير جائز لأنه محجور عليه، وهذا يأتي في قول ابن القاسم وقول مالك على العكس. قال في اللباب: هنا ولو كان السفيه غير مولى عليه فعتقه جائز. قال ابن القاسم: إلا البين السفه. انتهى. وكلام اللباب يفهم منه أن قول ابن القاسم تقييد وليس كذلك. والله أعلم. ويخرج بقول المؤلف: "بلا حجر" أيضا العبد. قال في الولاء منها: ولا يجوز عتق المكاتب ولا العبد بغير إذن سيده، فإن أعتق أو دبر أو تصدق بغير إذن سيده فللسيد رد ذلك، فإن رده بطل، ولا يلزم العبد والمكاتب ذلك إن عتقا، وإن لم يعلم بذلك السيد حتى عتقا مضى ذلك، وما أعتقا بإذن السيد جاز، وعتق أم الولد لعبدها كما وصفنا في عتق العبد عبده. انتهى. وقد علم أن أم الولد والمكاتب بمنزلة القن، وكذا من بعضه حر صرح به في أول رسم من سماع عيسى من كتاب العتق، والظاهر أن المدبر والمعتق إلى أجل كذلك، وأظن أن اللخمي صرح بذلك. والله أعلم. وفي المقدمات في كتاب المأذون:

وأما العبد فما أعتق أو وهب فإذا لم يعلم السيد بذلك أو علم ولم يقض برد ولا إجازة حتى عتق العبد والمال بيده فإن ذلك لازم له، ولا أعلم في ذلك نص خلاف، وهو دليل على أن فعله على الإجازة، فإن فوت العبد المال من يده قبل أن يعتق ببيع أو هبة بطلت الصدقة والعتق. قاله في الصدقة في كتاب الاعتكاف. والعتق مقيس عليها إلا أن يفرق بينهما مفرق لحرمة العتق وهو بعيد، فإن رد السيد ذلك وبقي بيده حتى عتق ولم يفوته/ لم يلزمه شيء. قاله في المدونة في الصدقة والهبة. والعتق مقيس على ذلك. انتهى. ويخرج أيضا بقول المؤلف: "بلا حجر" الزوجة فيما زاد على الثلث، فإذا أعتقت عبدا فإن حمله الثلث جاز، وإن حمل بعضه فالمشهور أن للزوج رد الجميع، فإن أعتقت ثلث عبد لا

328

الحديث ....

نص خليل ....

متن الحطاب تملك غيره فهل له رده أو يمضي؟ فيه قولان ذكرهما في التوضيح في باب الحجر، وانظرها في رسم سن من سماع ابن القاسم من العتق، ويخرج أيضا المريض فيما زاد على الثلث، فإذا أعتق عبدا لا يملك غيره مضى منه الثلث. والله أعلم. وخرج أيضا المرتد. قال في الشامل في باب الحجر: وحجر لردة فلا [ينفذ[1947]] تصرف [من قد حجر[1948]] عليه، وظاهره ولو أسلم بعد ذلك. والله أعلم. وتقدم في باب الحجر الكلام على الحجر بالردة، ويخرج أيضا المدين إذا فلسه الإمام، وأما من أحاط الدين بماله فيخرج بقوله: "وإحاطة دين".

قال ابن عبد السلام: فإن قلت لا شك أن أحد أسباب الحجر إحاطة الدين بماله فإذا انتفى الحجر عموما انتفى كون الدين محيطا؟ قلت: السبب الحقيقي هو الفلس وهو متأخر عن إحاطة الدين وقد علم أن من الأفعال ما يصح فعله من الذي أحاط الدين بماله، ولا يصح من المفلس المحجور عليه، وعلى هذا فالحجر لأجل الفلس أخص من إحاطة الدين، ونفى الأخص الذي هو الحجر للفلس نفي للأعم الذي هو إحاطة الدين.انتهى. وفيه نظر لأنه قد سلم أن إحاطة الدين مما يقع به الحجر ولو في بعض الأشياء، والمقصود في قول المؤلف وابن الحاجب: "بلا حجر" نفي مطلق الحجر لا نفي الحجر من الوجود، وإلا لخرج حجر الزوجة والمريض.

تنبيهات: الأول: قول المؤلف: "إنما يصح" هل مراده إنما يصح ويلزم، أو مراده مطلق الصحة وإن لم يلزم؟ فإن أراد الأول فليس في كلامه ما يدل عليه، ومع ذلك فيرد عليه الكافر، فإنه إذا أعتق عبده الكافر لا يلزمه عتق، مع أنه يصدق عليه أنه مكلف لا حجر عليه؛ لأن الصحيح أن الكفار مخاطبون بفروع الشريعة.

قال في العتق الثاني منها في ترجمة من أعتق من الغنيمة قبل قسمها: وإذا أسلم عبد النصراني ثم أعتقه قضي عليه بعتقه؛ لأنه حكم بين مسلم وذمي، ولو دخل إلينا حربي بأمان وكاتب عبدا له أو أعتقه أو دبره ثم أراد بيعه فذلك له، وكذلك النصراني إذا أعتق عبدا له نصرانيا ثم أراد أن يرده في الرق أو يبيعه فذلك له إلا أن يرضى أن يحكم عليه بحكم الإسلام. قوله: "فذلك له" قال ابن يونس: ولا يحال بينه وبين ذلك إلا أن يكون أبانه عنه، ونحوه في الجنايات. انتهى. وكذلك ورد في رسم الدور والمزارع من سماع يحيى مطلقا فقال ابن رشد: ظاهر الرواية أن للنصراني أن يرجع في عتق عبده النصراني ما دام على النصرانية لا يمنع من ذلك، وإن كان لما أعتقه [كان[1949]] قد خلى سبيله وخرج عن خدمته مثل قول ابن القاسم في المكاتب منها خلاف [دليل قول مالك في جناياتها[1950]]

الحديث ....

[1947] – في المطبوع يعد وما بين المعقوفين من ن عدود ص328 ويحيى ص144 وم ص105 ويم ص121 ومايابى232.

[1948] – في المطبوع (مرتد حجرا) يم ص121 ويحيى ص144 وم ص105 وما بين المعقوفين من ن عدود ص328 ومايابى232.

[1949] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص328 ويحيى ص144 وم ص106 ويم ص122 ومايابى232.

[1950] *– في المطبوع خلاف ما في جناياتها وما بين المعقوفين من م106 ويحيى487 وسيد44 ومايابى232.

نص خليل ....

متن الحطاب أن ذلك له ما لم يخرجه من يده؛ لأن قوله: "إذا لم يخرجه من يده" يدل على أن له أن يرجع في عتقه بعد إسلامه إذا لم يخرجه من يده خلاف ما في كتاب المكاتب، فتحصيل المسألة أنه إذا أعتقه وخلى سبيله وأخرجه من خدمته، ثم أراد أن يرجع في عتقه قبل إسلامه كان له على ظاهر هذه الرواية ولم يكن له على ما في [جناياتها،[1951]] وإن أراد أن يرجع في عتقه بعد أن أسلم ولم يكن خرج عن خدمته كان ذلك له على ما في هذه الرواية خلاف ما في كتاب المكاتب منها. انتهى. ثم قال في المدونة: وكذلك لو كاتبه أو دبره ثم أراد بيعه لم يمنع إلا أن يسلم العبد وهو في يده، فيؤاجر المدبر وتباع كتابة المكاتب. قيل له فإن بتل النصراني عتق عبده النصراني أو دبره أو حلف بذلك ثم أسلم فحنث؟ قال: إن حنث بيمينه في نصرانيته أو بعد إسلامه لا شيء عليه، وكذلك جميع أيمانه. انتهى. فيخرج من قوله: "وكذلك لو كاتبه إلى آخره" أنه لو أعتقه ثم أسلم العبد وهو في يد سيده وأراد الرجوع له ليس له ذلك.

329

وقال الشيخ أبو/ الحسن: قال ابن يونس: وظاهر كلام ابن القاسم أنه [خالف[1952]] بين إسلام العبد وإسلام السيد، وهذا إذا لم يبن العبد عن نفسه. انتهى.

وقد حصل اللخمي جميع ذلك فقال: وإذا [أعتق[1953]] النصراني عبده المسلم لزمه ذلك لأنه حكم بين مسلم ونصراني فيجري على حكم الإسلام، وإن أعتق عبده النصراني ثم أسلم العبد فإن أسلم بعد أن رجع عن عتقه واسترقه لم يلزمه ذلك العتق، وإن أسلم بعد أن حاز نفسه لم يكن ذلك للسيد، وإن أسلم قبل أن يحوز نفسه وقبل أن يرجع عن العتق فقولان، والقياس أنه لا شيء عليه؛ لأنه لو رجع قبل إسلام العبد كان ذلك له ولم يؤخذ بما عقد، وإسلام العبد لا يوجب عليه ذلك العقد. انتهى.

وقد علمت من قول المدونة المتقدم: "وكذلك لو كاتب عبده أو دبره" أن الجاري عليه أنه لا يرجع. ثم قال اللخمي: وكذلك إن أسلم السيد وحده أو أسلم السيد ثم العبد فإن كان الإسلام [بعد[1954]] أن رجع في العتق لم يلزمه، وإن كان بعد أن حاز نفسه لزمه، وإن كان بقرب العتق قبل أن يرجع وقبل أن يحوز نفسه كان على الخلاف، وإن حلف بعتق عبده ثم حنث لم يلزمه، وسواء حنث قبل الإسلام أو بعده؛ لأن عقد الكفر غير لازم، وإذا أعتق النصراني عبده النصراني ثم امتنع من إنفاذ العتق لم يجبر عليه، ولو حوزه نفسه لم يكن له أن يرجع فيه. انتهى. إلا أن يقال إن المؤلف مشى على القول بأنهم غير مخاطبين بفروع الشريعة فقد صح، فيخرج الكافر بقوله: "مكلف" ويكون مراده إنما يصح ويلزم، وإن أراد المؤلف بقوله: "إنما يصح" مطلق الصحة وإن لم يلزم فيرد عليه أن غالب

الحديث ....

[1951] *- في المطبوع جنايتها وما بين المعقوفين من م106 ويحيى497.

[1952] - في المطبوع خلاف وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص144 وم ص106 ويم ص122 ومايابى233.

[1953] - في المطبوع اغتق وما بين المعقوفين من عدود ص329 وم106 ويحيى487 ويم143.

[1954] - في المطبوع قبل وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص145 وم ص106 ويم ص122 ومايابى233.

نص خليل

وَلِغَرِيمِهِ رَدُّهُ أَوْ بَعْضِهِ إِلاَّ أَنْ يَعْلَمَ أَوْ يَطُولَ أَوْ يُفِيدَ مَالاً وَلَوْ قَبْلَ نُفُوذِ الْبَيْعِ رَقِيقًا لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ حَقٌّ لاَزِمٌ بِهِ وَبِفَكِّ الرَّقَبَةِ وَالتَّحْرِيرِ وَإِنْ فِي هَذَا الْيَوْمِ بِلاَ قَرِينَةِ مَدْحٍ أَوْ خُلْفٍ أَوْ دَفْعِ مَكْسٍ وَبِلاَ مِلْكَ أَوْ لاَ سَبِيلَ لِي عَلَيْكَ إِلاَّ لِجَوَابٍ وَبِكَوَهَبْتُ لَكَ نَفْسَكَ وَبِكَاسْقِنِي أو اذْهَبْ أو اعْزُبْ بِالنِّيَّةِ وَعَتَقَ عَلَى الْبَائِعِ إِنْ عَلَّقَ هُوَ وَالْمُشْتَرِي عَلَى الْبَيْعِ وَالشِّرَاءِ وَبِالاِشْتِرَاءِ الْفَاسِدِ فِي إن اشْتَرَيْتُكَ.

متن الحطاب

ما احترز عنه صحيح، ويتوقف لزومه على إجازة الغير كعتق المريض والمرأة والعبد والمدبر فتأمله. والله أعلم.

الثاني: قوله: "بلا حجر" يغني عن قوله: "مكلف" والله أعلم. وكلام الجواهر نحو كلام المصنف فإنه قال: المعتق كل مكلف بلا حجر. انتهى.

الثالث: قال ابن عرفة: وقول ابن شاس وابن الحاجب [وقبوله[1955]] شارحاه، وله أركان الأول المعتق يقتضي أن المعتق جزء من العتق وليس كذلك، إلا أن يريد: وأركانه الحسية المتوقف وجوده حسا عليها كاللحم والعظم والدم للإنسان لا أركانه المحمولة [عليه[1956]] كالحيوان والناطق للإنسان. انتهى. ومن المعلوم أنهم لم يريدوا إلا الأركان الحسية المتوقف وجوده عليها حسا، وانظر لم أخر الاعتراض إلى هنا؟ وهلا أورده من أول الذكاة والصيد؟ فتأمله. والله أعلم.

ص: ولغريمه رده أو بعضه ش: أي ولغريم المدين رد عتقه إن أحاط الدين بماله وإن لم يحط الدين/ بماله فللغريم رد بعض العبد حتى يستوفي حقه. 330

تنبيهات: الأول: تقدم في باب التفليس أنه محمول على الجواز حتى يتحقق أنه وقت العتق عليه دين يستغرق ما بيده فانظره.

الثاني: ظاهر قول المصنف: "ولغريمه رده" أن ذلك للغريم دون أمر الإمام، والذي في المدونة، ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة أن العتق لا يرده إلا الإمام. قال ابن عبد السلام: واختلف في عتق المديان هل هو موقوف على إجازة الغرماء، وهو مذهب مالك وأكثر أهل المدينة، أو هو جائز ما لم يفلس ويحجر عليه الحاكم، وهو مذهب جماعة خارج المذهب؟ وعلى الأول لا [يرده[1957]] الغرماء إن أرادوا ذلك حتى يرفعوا إلى الحاكم فهو الذي يحكم بالرد بعد إثبات موجب ذلك عنده، فإن ردوه وباعوه فإن الإمام يرد بيعهم وينظر في أمرهم، فإن ثبت عنده موجب بيعه باعه وإلا [تمم[1958]] عتقه. انتهى. وقال في المدونة في أواخر العتق الأول: ومن رد غرماؤه عتقه فليس له ولا لغرمائه بيعهم دون الإمام، فإن فعل أو فعلوه ثم رفع إلى الإمام بعد أن أيسر رد البيع ونفذ العتق. انتهى. ونقله ابن عرفة في أول العتق.

الحديث ....

[1955] - في المطبوع قبله وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص145 وم ص106 ويم ص122 ومايابى233.

[1956] - في المطبوع عليها وما بين المعقوفين من ن عدود ص329 ويحيى ص145 وم ص106 ويم ص122 ومايابى233.

[1957] - في المطبوع يرد (ويحيى ص145 حتى يرفع الحاكم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 وم ص106 ويم ص122.

[1958] - في المطبوع تم ويحيى ص145 (ويم ص122 وإلا مضى عتقه) وما بين المعقوفين من ن ذي ص330 وم ص106 ومايابى233.

نص خليل ....

متن الحطاب **الثالث:** ظاهر كلامه أن للغريم رد العتق ولو طال. قال ابن رشد في الأجوبة: وأما عتق من أحاط الدين بماله فلا اختلاف أنه لا يجوز إلا أن يجيزه الغرماء، واختلف إن لم يعلموا حتى طال الأمر وجازت شهادته وورث الأحرار فقيل لهم أن يردوه، وقيل ليس لهم أن يردوه لاحتمال أن يكون قد أفاد في خلال المدة مالا [لم[1959]] يعلم به ثم ذهب مع حرمة العتق، فإن كانت الديون التي عليه قد استغرقت من تبعات لا تعلم أربابها نفذ عتقه على كل حال ولم يرده وكان الأجر لأرباب التباعات والولاء للمسلمين.انتهى من مسائل الشركة.

الرابع: قال في المدونة: وإذا باعهم الإمام عليه في دينه ثم اشتراهم بعد يسره كانوا [له[1960]] أرقاء ولا يعتقون. انتهى.

الخامس: قوله: "أو بعضه" قال في التوضيح: فإن لم يوجد من يشتريه إلا كاملا بيع جميعه، واختلف فيما يبقى قال ابن حبيب: يصنع [به[1961]] ما شاء، وقيل يستحب أن يجعله في عتق، وإليه ذهب اللخمي، أما لو أعتق عبدين لا مال له غيرهما وقيمتهما أكثر من الدين، ونحن إن بعنا منهما بالحصص لم يفيا بالدين فقال ابن عبد الحكم يقرع بينهما على أيهما يباع للدين، وهو ظاهر.

السادس: إذا بعض العتق وأراد مالك بعضه سفرا وامتنع هو ففي ذلك ثلاثة أقوال، فقال مالك في أول رسم من سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية إنه يسافر [به،[1962]] ويكتب له القاضي كتابا إن لم يكن مأمونا، واستدل بأن الحرية تبع للرق بدليل إجماعهم أن أحكامه أحكام الرق ما بقيت فيه شائبة، وقال أيضا في سماع أشهب من الشركة: إن السيد إن كان مأمونا سافر به وإلا فلا، والثالث رواه البرقي عن أشهب أنه ليس له السفر به مطلقا، وإن كان مأمونا والعبد مستعربا لأنه ملك من نفسه ما يملك الشريك فصار شريكا في نفسه. ابن رشد: وهو محض القياس، وحكاه أيضا عن أشهب ابن المواز وابن حبيب. قال ابن حبيب: ولو أراد الانتقال به إلى قرية يسكنها من الحواضر كان له ذلك ولو كره العبد.

فرع: قال ابن رشد: وإذا قضي له بالخروج كانت نفقته وكراؤه عليه في سفره حتى يقر قراره في موضع يكون له فيه عمل ومكتسب فيكون له أيام وللسيد أيام. انتهى من الرسم المذكور.

تنبيه: قال فيه أيضا: معنى قوله يكتب له كتابا أي إلى قاضي البلد الذي يسافر [إليه[1963]]

[1959] – ساقطة من المطبوع ومايابى234 ويحيى ص145 وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 وم ص106 ويم ص122.

[1960] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 ويحيى 145 وم ص106 ويم ص122 ومايابى234.

[1961] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 ويحيى 145 وم ص106 ويم ص122 ومايابى234.

[1962] – ساقطة من المطبوع (ويم ص122 يسافر فيه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص330 ويحيى 145 وم ص106 ومايابى234.

[1963] *– في المطبوع يسافر لها ما بين المعقوفين من يحيى488 وسيد44 وم107 ويم143 ومايابى234.

نص خليل

كَأن اشْتَرَى نَفْسَهُ فَاسِدًا وَالشِّقْصُ وَالْمُدَبَّرُ وَأُمُّ الْوَلَدِ وَوَلَدُ عَبْدِهِ مِنْ أَمَتِهِ وَإِنْ بَعْدَ يَمِينِهِ وَالإِنْشَاءَ فِيمَنْ يَمْلِكُهُ أَوْ لِي أَوْ رَقِيقِي أَوْ عَبِيدِي أَوْ مَمَالِيكِي لاَ عَبِيدُ عَبِيدِهِ كَأَمْلِكُهُ أَبَدًا أو وَجَبَ بِالنَّذْرِ وَلَمْ يُقْضَ إِلاَّ بِبَتِّ مُعَيَّنٍ وَهُوَ فِي خُصُوصِهِ وَعُمُومِهِ وَمَنْعٍ مِنْ وَطْءٍ وَبَيْعٍ فِي صِيغَةِ حِنْثٍ وَعِتْقِ عُضْوٍ وَتَمْلِيكِهِ الْعَبْدَ وَجَوَابِهِ كَالطَّلاَقِ إِلاَّ لأَجَلٍ وَإِحْدَاكُمَا فَلَهُ الاخْتِيَارُ وَإِنْ حَمَلْتِ فَأَنْتِ حُرَّةٌ فَلَهُ وَطْؤُهَا فِي كُلِّ طُهْرٍ مَرَّةً وَإِنْ جَعَلَ عِتْقَهُ لاثْنَيْنِ لَمْ يَسْتَقِلَّ أَحَدُهُمَا إن لَمْ يَكُونَا رَسُولَيْنِ وَإِنْ قَالَ إِنْ دَخَلْتُمَا فَدَخَلَتْ وَاحِدَةٌ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ فِيهِمَا.

متن الحطاب

ويشهد له شاهدين ممن يسافر معه فيشهدهما على الكتاب وعلى عين العبد، وليس على ظاهره؛ لأن العبد لا ينتفع به في المكان الذي يذهب إليه بكتاب يكون بيده إلا ببينة عليه؛ إذ لا يحكم بكتاب القاضي دون بينة تنقله وتشهد عليه. انتهى. وانظر منتخب الأحكام قبل أبواب النكاح وفي آخره أيضا، وانظر اللخمي في كتاب العتق الثاني،/ وانظر رسم العتق من سماع أشهب ورسم شك ورسم البز ورسم نذر سنة الجميع في سماع ابن القاسم من كتاب العتق [فإن[1964]] في هذه المواضع مسائل تتعلق بالمعتق بعضه. والله أعلم.

331

ص: كأن اشترى نفسه فاسدا ش: قال في كتاب العتق الثاني من المدونة: وإذا اشترى العبد نفسه من سيده شراء فاسدا فقد تم بيعه ولا يرد ولا يتبعه السيد بقيمة ولا غيرها. ابن يونس: يريد ويكون للسيد ما باعه به غررا كان أو غيره، وكأنه انتزعه منه وأعتقه. ثم قال في المدونة: بخلاف شراء غيره إياه إلا أن يبيعه نفسه بخمر أو خنزير فيكون عليه قيمة رقبته، وقال غيره هو حر ولا شيء عليه. قال ابن يونس: وقال أحمد ابن ميسر إن أعتقه على خمر في يديه فهو حر ويكسر عليه وإن كان يتبعه به فهو بيع فاسد وعليه قيمة رقبته. ابن يونس: وقول ابن ميسر وفاق للمدونة ومسألة المدونة إنما هي على أنه اشتراه بخمر مضمون. انتهى.

332

ص: والشقص إلى آخره ش: نزلت مسألة وهي رجل له مماليك بمكة/ مثلا وله مماليك بغيرها فشكا إليه إنسان مماليكه الذين بمكة فقال عبيدي أحرار وقال إنه أراد من بمكة فهل يقبل قوله؟ انظر رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم من كتاب العتق.

ص: وهو في خصوصه وعمومه إلى قوله إلا [لأجل[1965]] ش: يعني أن العتق مثل الطلاق فيما ذكر إلا في الأجل فإنه إذا أعتق لأجل فإنه يلزمه / مسألة من أوصى في جوار له أن يحبسن سبعين سنة ثم يعتقن قال مالك: هو غير جائز وينظر السلطان فإن رأى بيعهن بعن وإن رأى عتقهن عتقن. قال ابن رشد: وجه نظر الإمام في ذلك أن من كانت [يعلم[1966]] أنها لا تعيش سبعين سنة مثل بنت الأربعين فأكثر فإنها تباع؛ لأن العتق لا يدركها، فهو كمن أوصى بعتقها بعد موتها، ومن كانت يمكن أن تعيش ذلك كبنت العشرين فأقل عجل عتقها؛ إذ لا يجوز أن تباع، ولعل العتق يدركها،

333

الحديث ....

[1964] - في المطبوع قال وما بين المعقوفين من ن عدود ص331 وم ص107 ويم ص122 ومايابى234.

[1965] - في المطبوع ومايابى234 إلا الأجل وما بين المعقوفين من ن عدود ص332 ويحيى 145 (وم ص106 إلى الأجل) ويم ص123.

[1966] - في المطبوع ومايابى235 تعلم وم ص107 ويم ص123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 ويحيى ص146.

نص خليل

وَعَتَقَ بِنَفْسِ الْمِلْكِ الأَبَوَانِ وَإِنْ عَلَوَا وَالْوَلَدُ وإِنْ سَفُلَ كَبِنْتٍ وَأَخٍ وَأُخْتٍ مُطْلَقًا وَإِنْ بِهِبَةٍ أَوْ صَدَقَةٍ أَوْ وَصِيَّةٍ إِنْ عَلِمَ الْمُعْطِي وَلَوْ لَمْ يَقْبَلْ وَوَلاَؤُهُ لَهُ وَلاَ يُكَمَّلُ فِي جُزْءٍ لَمْ يَقْبَلْهُ كَبِيرٌ أَوْ قَبِلَهُ وَلِيُّ صَغِيرٍ أَوْ لَمْ يَقْبَلْهُ لاَ بِإِرْثٍ أَوْ شِرَاءٍ وَعَلَيْهِ دَيْنٌ فَيُبَاعُ.

متن الحطاب

ولا أن تحبس سبعين سنة لما في ذلك من الضرر عليها لقصد السيد إلى ذلك في ظاهر أمره فهذا معنى قول مالك لا أن السلطان يعمل بهواه. انتهى من رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب العتق.

فرع: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بعتق أمته إلى أجل والثلث يحملها فعجل الوارث عتقها قبل الأجل جاز، ولا رجوع [له وهو[1967]] وضع خدمة والولاء للميت، وإن كانا وارثين فأعتقها أحدهما فعتقها ها هنا وضع خدمة فيوضع حق هذا من الخدمة ويكون نصيبه منها حرا، ولا يضمن لصاحبه قيمة خدمته منها وتخدم هي الآخر نصف خدمتها إلى تمام الأجل ثم تخرج حرة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه مثل مسألة الشريكين في العبد يكاتبانه ثم يعتق أحدهما حصته إنما هو وضع مال، وأما العتق فبعقد الكتابة، وكذلك هذه إنما المعتق الموصي لا الورثة. انتهى.

ص: **وعتق بنفس الملك الأبوان** ش: تصوره واضح.

فرع: قال في رسم العتق من سماع أشهب من كتاب العتق: قال وسمعته يسأل أيملك الرجل أمه أو أخته من الرضاعة؟ فقال: نعم في [رأيي[1968]] وغير [ذلك خير.[1969]] قيل له: ولا يعتقان عليه قال نعم. قال ابن رشد: هذا صحيح بين لا اختلاف فيه. انتهى. وقال الفاكهاني في شرح الرسالة: أما الأب والأخ من الرضاعة فالمشهور عندنا أنه لا يعتق. انتهى ويفهم منه أنه يعتق على القول الشاذ، فانظره مع ما حكى ابن رشد من الاتفاق.

فرع منه أيضا: الخنثى المشكل إذا كان عبدا وولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلا فلينظر. انتهى.

ص: **وإن سفل** ش: قال ابن فرحون في شرح ابن الحاجب في النكاح في تقديم الأولياء: سفل بفتح الفاء. وقال الجزولي في شرح الرسالة في الفرائض: زعم بعضهم أنه لا يقال سفل بالضم. وقال في القاموس: وقد سفل ككرم/ وعلم ونصر. انتهى. فجعله مثلثا. والله أعلم. 334

ص: **وإن بهبة أو صدقة أو وصية إن علم المعطي ولو لم يقبل** ش: يعني أن من ملك أحدا من قرابته المذكورين يعتق عليه وإن كان ملكه بهبة بأن وهب له، سواء كانت هبة ثواب أو غيرها [أو بصدقة بأن[1970]] تصدق به عليه أو بوصية بأن أوصى له به وحمله الثلث فإنه يعتق عليه، قبله أم لا، [بشرط[1971]] أن يعلم المعطي -بكسر الطاء- أنه ممن يعتق على المعطى -بفتح الطاء-. هذا

الحديث

....

[1967] - في المطبوع له عليها وهو وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 ويحيى ص146 وم ص107 ويم ص123 ومايابى235.

[1968] * - في المطبوع رأي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[1969] - في المطبوع ذلك في خير وما بين المعقوفين من ن عدود ص333 وم ص107 ويم ص123 ومايابى235.

[1970] - في المطبوع أو صدقة وإن ويحيى ص146 وما بين المعقوفين من ن عدود ص334 وم ص107 ويم ص123 ومايابى235.

[1971] - في المطبوع ولا يشترط (ويحيى ص146 أم لا ويشترط أن) وما بين المعقوفين من ن عدود ص334 وم ص107 ويم ص123 ومايابى235.

نص خليل وَبِالْحكْمِ إنْ عَمَدَ لِشَيْنٍ بِرَقِيقِهِ.

متن الحطاب معنى كلامه وكلام ابن الحاجب وابن عبد السلام والتوضيح وابن عرفة والشامل، وليس في المدونة تعرض لهذا القيد، وإنما ذكره في التوضيح وغيره فيما إذا وهب له أبوه وعليه دين ولم يعلم الواهب أنه أبوه فهل يباع؟ تردد في ذلك ابن رشد، وجزم ابن يونس والمازري أنه يباع في الدين لأنه لم يقصد به العتق. قاله في باب التفليس. قال في باب الولاء منها: ومن أوصى له بمن يعتق عليه والثلث يحمله عتق عليه، قبله أم لا، وله ولاؤه ويبدأ على الوصايا، ثم إني وقفت على كلام ابن رشد في البيان فرأيته صرح بهذا القيد في رسم القطعان من سماع عيسى من العتق وفي رسم المكاتب من سماع عيسى من الصدقات.

وأما مفهوم هذا القيد فلم أر من صرح به لا ابن رشد ولا غيره، ونص ما في سماع عيسى: قوله إنه إذا وهب له من يعتق عليه أو تصدق به عليه أو أوصي له به فحمله الثلث أن الولاء له قبله أم لم يقبله، وأنه إذا وهب له شقص منه، أو أوصي له به فلم يحمله الثلث أنه إن قبل قوم عليه الباقي، وإن لم يقبل عتق منه ما وهب له أو ما حمله الثلث وكان الولاء له على كل حال هو قوله في المدونة: ووجهه أنه لما وهبه له أو تصدق به عليه أو أوصى له به وقد علم أنه يعتق عليه إذا ملكه ولم يكن على يقين من قبوله إياه حمل على أنه أراد عتقه عنه فكان الولاء له، قبله أم لا. انتهى. ونحوه في الموضع الثاني من الصدقات فمن وقف على غير هذا فليفده. والله الموفق.

ص: **وبالحكم إن عمد لشين برقيقه** ش: هذا هو المشهور، وقيل يعتق بنفس المثلة. قال الشيخ يوسف بن عمر: وعلى الأول فله أن ينتزع ماله قبل الحكم وعلى الثاني يتبعه ماله. انتهى. وقوله: "برقيقه" دخل فيه القن ومن فيه شائبة حرية وهو كذلك. قال في المدونة: ومن مثل بعبده أو بأم ولده أو بعبد لعبده أو لمدبره أو لأم ولده عتقوا عليه. ثم قال: وإن مثل بمكاتبه عتق عليه وينظر في جرحه لمكاتبه أو قطع جارحة منه فيكون عليه من ذلك ما على الأجنبي ويقاص بالأرش في الكتابة، فإن ساواها عتق عليه، وإن نافت عليه الكتابة عتق ولا يتبع ببقيتها، وإن ناف الأرش عليها اتبع المكاتب [سيده[1972]] بالفضل وعتق عليه. انتهى.

فرع: قال ابن أبي زيد في مختصره: محمد بن المواز: قال أشهب إذا مثل بعبده وعليه دين يحيط بماله أنه يعتق بماله وإن أحاط الدين به؛ لأنه عتق جناية حدها العتق، وكذلك في العبد يمثل بعبده، وكذلك قال في المولى عليه يمثل بعبده، وقيل لا يعتق بالمثلة على العبد والمديان والسفيه، وهو الذي رجع إليه ابن القاسم في السفيه وكان يقول/ يعتق ولا يتبعه ماله، وقال ابن وهب: يعتق ويتبعه ماله. انتهى. 335

فرع: قال في المدونة: قال يحيى بن سعيد: ويعاقب من مثل بعبده ويعتق عليه. انتهى.

الحديث ....

[1972] - في المطبوع لسيده وما بين المعقوفين من ن عدود ص334 ويحيى ص146 وم ص107 ويم ص123 ومايابى236.

نص خليل

أَوْ رَقِيق رَقِيقِهِ أَوْ لِوَلَدٍ صَغِير غَيْرُ سَفِيهٍ وَعَبْدٍ وَذِمِّيٍّ بِمِثْلِهِ وَزَوْجَةٍ وَمَرِيض فِي زَائِدِ الثلث وَمَدِين كَقَلْعِ ظُفرٍ وَقَطْعِ بَعْض أُذُن أَوْ جَسَدٍ أَوْ سِن أَوْ سَحْلِهَا أَوْ خَرْم أَنْفٍ أَوْ حَلْق شَعْر أَمَةٍ رَفِيعَةٍ أَوْ لِحْيَةً تَاجِرٍ أو وَسْم وَجْهٍ بِنَارٍ لاَ غَيْرِهِ وَفِي غَيْرِهَا فِيهِ قَوْلاَنِ وَالْقَوْلُ لِلسَّيِّدِ فِي نَفْي الْعَمْدِ لاَ فِي عِتْقٍ بِمَالٍ.

متن الحطاب

ص: أو برقيق رقيقه ش: شمل الرقيق المكاتب وليس كذلك. قال في المدونة: وإن مثل بعبد مكاتبه لم يعتق عليه [وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثلة[1973]] مفسدة فإنه يضمنه ويعتق عليه، وكذا في عبد زوجته مع العقوبة في تعمده. انتهى.

ص: أو لولد صغير ش: يعني وكذا يعتق عليه رقيق ولده الصغير إذا مثل به، ومثل الصغير المولى عليه الكبير. قال في العتق الثاني من المدونة إثر كلامه المتقدم: وكذلك إن مثل بعبد لابنه الصغير فإنه يعتق عليه إن كان مليا ويغرم قيمته. انتهى. قال اللخمي في كتاب العتق الثاني: فصل ومثلته بعبد ولده الصغير كمثلته بعبد نفسه إن كان موسرا بقيمته، وإن كان معسرا لم يقوم عليه. قال: وهو بمنزلة ما لو أعتقه وليس بالبين لأنه إنما ألزم القيمة إذا أعتقه لأنه [الزم[1974]] ذلك رضي أن يأخذه لنفسه بقيمته وليس تعديه بالمثلة رضا بعتقه وتمثيله بعبد ولده الكبير بمنزلة مثلته بعبد غيره من الأجنبيين إلا أن يكون الولد سفيها في ولاية أبيه فيعتق على قول ابن القاسم. انتهى. ونقله ابن عرفة، ونقله في التوضيح، وزاد بعد قوله من الأجنبيين ما نصه: لا يعتق عليه إلا أن تبطل منافعه. انتهى.

وفي الفصل الرابع من القسم الثالث من تبصرة ابن فرحون: مسألة لو جنى رجل على عبد رجل جناية مفسدة غرم قيمته وعتق عليه وإن كره سيده على الأصح، وقيل إن اختار أخذه فله ذلك. انتهى. وقد تقدم للمصنف في فصل التعدي حيث قال: "وعتق عليه إن قوم ولا منع لصاحبه في الفاحش على الأرجح". انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قال في المقرب: ومن مثل بعبيد امرأته عوقب وضمن ما نقص إلا أن تكون [مثلة مفسدة[1975]] فيضمن قيمتهم ويعتقون عليه. انتهى. وتقدم لفظ المدونة في ذلك في القولة التي قبلها.

ص: [كقلع[1976]] ظفر إلى آخره ش: هذه أمثلة المثلة، وكذلك إذا خصاه قال في عتقها الثاني: وإن قطع أنملة من أصبع عبده عمدا أو أحرق شيئا من عبيده بالنار على وجه العذاب أو خصاه قال ربيعة: أو قطع حاجبيه. قال مالك: أو سحل أسنان أمته بالمبرد أو قلعها على وجه العذاب فهي مثلة يعتق عليه بها. انتهى. ونقله ابن أبي زمنين في المقرب والمنتخب، ولفظه: قال مالك ومن خصى عبده عتق عليه. انتهى.

336 وقال ابن أبي زيد في مختصر المدونة:/ والمثلة التي يعتق بها العبد على سيده قطع وكذلك إن قطع

الحديث

....

[1973] - في المطبوع وكان إلا أن يكون ما نقصه مثلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص490 وم ص107 ويم ص123 ومايابى236 (وكان عليه ما نقصه إلا أن يكون مثله).

[1974] - مرض عليها عدود.

[1975] - في المطبوع ومايابى236 مثلة فاسدة ويم123 وم108 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى490.

[1976] - في المطبوع كقطع وم ص108 ويم ص123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص335 ويحيى ص147 ومايابى236.

نص خليل ....

متن الحطاب أنملة العبد أو خصاه قال ربيعة: أو قطع حاجبيه. قال ابن القاسم: أو قلع أسنانه على وجه العذاب وكذلك أفتى مالك وغيره في التي سحلت أسنان جاريتها، ولو أحرقه بالنار على وجه العذاب عتق، وإن كواه تداويا لم يعتق. انتهى. وانظر اللخمي والزناتي وكلام التوضيح في أواخر الجهاد عند قول ابن الحاجب: ولو سرقوا في معاهدتهم نص ما في التوضيح مالك وغيره وإن [خصى[1977]] المستأمن أو المعاهد عبده لا يعتق عليه وكأنه خصاه ببلده. انتهى.

وكلام اللخمي والزناتي هو أنهما جعلا العتق بالمثلة على أربعة أوجه يعتق في واحد ولا يعتق في ثلاثة، فالذي يعتق فيه أن يكون عمدا على وجه العذاب، والتي لا يعتق فيها أن يكون خطأ أو عمدا على وجه المداواة والعلاج أو شبيهة بالعمد وليست بصريحة مثل أن يحذفه بسيف أو سكين فيبين منه عند ذلك [عضوا.[1978]] .

قال ابن دينار في شرح ابن مزين: لا يكون مثلة بضربة أو رمية وإن كان عامدا لذلك إلا أن يكون عامدا للمثلة [يضجعه[1979]] فيمثل به وفي مثل ما يستقاد للابن من أبيه وهذا صحيح؛ لأن الغالب شفقة الإنسان على ماله، وقد يريد تهديده ولا يريد خروجه عن ملكه بالعتق عن المثلة، وقد يريد المثلة حقيقة، فإذا احتمل فعله الوجهين حلف أنه لم يقصد ذلك وترك، وقال سحنون في كتاب ابنه إذا ضرب رأسه فنزل الماء في عينيه لم يعتق عليه لأنه يحتمل أن يكون قصد ضرب الرأس دون ما أحدث. انتهى من اللخمي. ونقله الزناتي وغيره. فانظر على هذا إذا خصى الإنسان عبده فإن كان قاصدا لتعذيبه فإنه يعتق عليه كما لو غار السيد منه [بأن[1980]] رآه يتعرض لحريمه أو ما أشبه ذلك فقصد بخصائه تنكيله بذلك كما ورد عن عبد الله بن عمرو بن العاص رضي الله عنهما أنه قال كان لزنباع عبد يسمى [سندر أو ابن سندر[1981]] فوجده يقبل جارية له فجبه [وجدع[1982]] أنفه [فأعتقه[1983]] رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال: {من مثل بعبده [أو أحرقه[1984]] بالنار فهو حر وهو مولى الله ورسوله[1]}. ذكره اللخمي وغيره. وإن حصل للعبد في ذلك الموضع مرض فأدى علاجه ومداواته إلى خصائه لم يعتق عليه، وأما إذا خصاه لا لتعذيبه ولا لقصد المداواة بل ليزيد ثمنه

الحديث 1 - مسند الإمام أحمد، ج2 ص182، دار الفكر 1978، وأبو داوود في سننه، كتاب الديات، دار إحياء السنة النبوية، رقم الحديث 4519، وابن ماجه، رقم الحديث 2680، كتاب الديات، دار إحياء التراث العربي بيروت 1975.

1977 - في المطبوع خصاء ويحيى ص147 (ويم ص124 وم ص108وإن اخصى) ومايابى237 (أخصا) وما بين المعقوفين من ن ذي ص336.

1978 - في المطبوع ومايابى237 وم ص108 عضو وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 ويحيى ص147 ويم ص124.

1979 *- في المطبوع بضجعة وما بين المعقوفين من م108 ويم145 ومايابى237 ويحيى490 وسيد45.

1980 - في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 وم ص108 ويم ص124 ومايابى237.

1981 *- في المطبوع سندر بن سندر وما بين المعقوفين من يحيى490 ومايابى239 ويم145 وم108.

1982 - في المطبوع ومايابى237 وجذع ويحيى ص147 وم ص108 ويم ص124 وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

1983 - في المطبوع ومايابى237 فعتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

1984 - في المطبوع وأحرقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص336 ويحيى ص147 وم ص108 ويم ص124 ومايابى235.

نص خليل وَبِالْحُكْمِ جَمِيعُهُ إِنْ أَعْتَقَ جُزْءًا وَالْبَاقِي لَهُ كَأَنْ بَقِيَ لِغَيْرِهِ.

متن الحطاب [فمفهوم كلام[1985]] اللخمي أنه لا يعتق عليه وإن كان ذلك لا يجوز بالإجماع، كما نقله الجزولي وغيره، وقال القرطبي في تفسير قوله تعالى في سورة النساء: ﴿ ولأضلنهم﴾: ولم يختلفوا أن خصاء بني آدم لا يحل ولا يجوز وأنه مثلة وتغيير لخلق الله، وكذلك قطع سائر أعضائه من غير حد ولا قود. قاله أبو عمران. انتهى.

وقال في تفسير قوله تعالى: ﴿ فليغيرن خلق الله ﴾: واعلم أن الوسم والإشعار مستثنى من نهيه صلى الله عليه وسلم عن شريطة الشيطان ومن نهيه عن تعذيب الحيوان بالنار[1]، والوسم الكي بالنار، وأصله العلامة، وثبت في صحيح مسلم عن أنس أنه قال: رأيت في يد رسول الله صلى الله عليه وسلم الميسم وهو يسم إبل الصدقة والفيء[2] وغير ذلك حتى يعرف كل مال فيؤدي حقه ولا يتجاوز به إلى غيره. انتهى. وفي المسائل الملقوطة: مسألة: ولا يجوز بيع الخصي والمجبوب لأنه بمجرد الفعل عتق على مالكه، وقيل يجوز بيعه إذا كان سيده كافرا. انتهى.

ص: وبالحكم جميعه إن أعتق جزءا ش: قال ابن رشد: سألني سائل أن أوضح له معنى قول القاضي أبي محمد في التلقين ولا يجوز تبعيض العتق ابتداء ومن بعض العتق باختيار له أو بسببه لزمه تكميله كان البعض له أو لغيره بشرطين أحدهما وجود ثمنه والآخر بقاء ملكه، وقيل في هذا يلزم في ثلثه، وسواء كان أحد الثلاثة مسلما أو ذميا فقلت: أما قوله: "ولا يجوز تبعيض العتق" فهو كلام ليس على [حقيقة[1986]] ظاهره لأن تبعيض العتق هو أن يعتق الرجل بعض عبده أو شقصا له في عبد، ومن فعل ذلك لزمه العتق ومضى بلا خلاف، ولزمه فيه حكم وهو التتميم؛ لأن النبي/

337 صلى الله عليه وسلم إنما قال: {من أعتق شركا له في عبد قوم عليه قيمة العدل[3]} ولم يقل من أعتق شركا له في عبد لم يجز، ولو قال ذلك لوجب أن يرد عتق من أعتق بعض عبده أو شقصا له، ولا يصح أن يطلق في العتق أنه غير جائز إلا فيما يجب رده كعتق عبد غيره فمراده رضي الله عنه بقوله: "ولا يجوز" أي لا يجوز إقرار العتق مبعضا إلا أن يمنع من تتميمه مانع، وهذا مفهوم لا إشكال فيه، وإنما ذكرنا وجه مراده لنبين أنه ليس على حقيقة مقتضى كلامه وأن فيه تجاوزا، وللمخاطب أن يجاوز في [اللفظ[1987]] إذا أمن إشكال المعنى.انتهى.

فرع: إذا أعتق أحد الورثة نصيبه من عبد من عبيد الميت فإنه يقوم عليه ويعتق جميعه، ويفهم ذلك

الحديث 1 – مسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2117. ومسند أحمد ج3 ص297، ومسلم 2116،

2 – البخاري في صحيحه، كتاب الزكاة، رقم الحديث 1502، ط. دار الفجر، ومسلم في صحيحه، كتاب اللباس والزينة، رقم الحديث 2119، ط. دار إحياء التراث العربي.

3 – مسلم في صحيحه، كتاب العتق، رقم الحديث 1501، دار إحياء التراث العربي.

1985 – في المطبوع ومايابى237 فمفهوم أول كلام ويم ص124 ويحيى ص147 وم ص108وما بين المعقوفين من ن عدود ص336.

1986 *– في المطبوع حقيقته وما بين المعقوفين من يحيى491 وسيد45 ويم145 ومايابى238 وم108.

1987 – في المطبوع اللقطة وما بين المعقوفين من ن عدود ص337 ويحيى ص148 وم ص108 ويم ص124 ومايابى238.

نص خليل

إِنْ دَفَعَ الْقِيمَةَ يَوْمَهُ وَإِنْ كَانَ الْمُعْتِقُ مُسْلِمًا أو الْعَبْدُ وَإِنْ أَيْسَرَ بِهَا أَوْ بِبَعْضِهَا فَمُقَابِلُهَا وَفَضَلَتْ عَن مَتْرُوكِ الْمُفْلِس وَإِنْ حَصَلَ عِتْقُهُ بِاخْتِيَارِهِ لاَ بِإِرْثٍ وَإِن ابْتَدَأَ الْعِتْقَ لاَ إِنْ كَانَ حُرَّ الْبَعْض وَقُوِّمَ عَلَى الأَوَّلِ وَإِلاَّ فَعَلَى حِصَصِهِمَا إِنْ أَيْسَرَا وَإِلاَّ فَعَلَى الْمُوسِرِ وَعُجِّلَ فِي ثُلُثِ مَرِيض أَمِنَ وَلَمْ يُقَوَّمْ عَلَى مَيْتٍ لَمْ يُوص وَقُوِّمَ كَامِلاً بِمَالِهِ بَعْدَ امْتِنَاعِ شَرِيكِهِ مِنَ الْعِتْقِ وَنُقِضَ لَهُ بَيْعٌ مِنْهُ وَتَأْجِيلُ الثاني أَوْ تَدْبِيرُهُ وَلاَ يَنْتَقِلُ بَعْدَ اخْتِيَارِهِ أَحَدَهُمَا وَإِذَا حُكِمَ بِبَيْعِهِ لِعُسْرِهِ مَضَى.

متن الحطاب

من كلامهم في مسألة من أقر أن أباه أعتق عبده. ذكرها في العتق الثاني [من[1988]] المدونة.

ص: إن دفع القيمة يومه ش: أي يوم الحكم. قال ابن الحاجب: وعلى الأظهر يقوم يوم الحكم لا يوم العتق. قال في التوضيح: هذا إذا أعتق نصيبه خاصة، وأما إن عم العتق فيوم العتق كما ذكرناه من كلامه في الجواهر.

ص: وعجل في ثلث مريض أمن ش: هكذا قال في كتاب العتق الثاني من المدونة.

فرع: قال ابن عرفة: قال ابن رشد في ثاني مسألة من رسم العتق من سماع أشهب من أعتق شقصا من عبده أو عبد بينه وبين شريكه في المدونة لا خلاف أن ذلك من الثلث ما أعتق منه وما بقي إن مات من ذلك المرض ولم يصح منه، واختلف في تعجيل التقويم في المرض على قولين: أحدهما أنه لا يعجل ولا ينظر فيه إلا بعد الموت،/ وهو نص المدونة، والثاني أنه يعجل التقويم في المرض وهو قائم من المدونة وعليه فلا ينفذ العتق حتى يصح فيكون من رأس المال أو يموت فتكون القيمة من الثلث ينفذ فيه ما حمل منها ورق الباقي للورثة أو الشريك، وسواء كان له مال مأمون أو لم يكن، وقيل إن هذا إنما يكون إن لم يكن له مال مأمون، وأما إن كان له مال مأمون عتق في المرض جميعه إن كان له مال وقوم عليه فيه حظ شريكه إن كان له شريك وهو أحد قولي مالك في المدونة. انتهى.

338

ص: وتأجيل الثاني أو تدبيره ش: يريد إذا كان الأول موسرا، وأما إن كان معسرا [فإنه[1989]] لا اعتراض على الثاني فيما فعل.نقله في التوضيح.

ص: وإذا حكم ببيعه لعسر مضى ش: قد تقدم أن من أعتق حصته في عبد وكان موسرا قوم عليه نصيب شريكه وأنه لا يجوز لشريكه بيعه ويفسخ بيعه إن فعل، فإن كان معتق الحصة معسرا بقي سهم شريكه رقيقا يجوز له بيعه فقال المؤلف رحمه الله هنا: وإذا حكم ببيعه لعسر؛ أي إذا حكم بجواز بيع البعض الباقي من العبد المعتق بعضه لعسر المعتق مضى الحكم بذلك ولا ينقض ليسره ثانية.

قال في أواخر العتق الأول منها: وإذا أعتق أحد الشريكين وهو معسر فرفع إلى الإمام فلم يقوم عليه لعسره ثم أيسر بعد ذلك فاشترى حصة شريكه لم يعتق، ولو رفع ذلك إلى الإمام فلم يقوم عليه ولا نظر في أمره حتى أيسر لقوم عليه. انتهى. وفرض المسألة في المدونة فيما إذا أعتق وهو معسر، وكلام المؤلف وابن الحاجب شامل لذلك، وأما إذا أعتق في حال يسره ولم يرفع أمره إلا بعد عسره فحكم

الحديث

....

1988 *- في المطبوع في وما بين المعقوفين من يحيى491 وسيد45 ويم145 ومايابى238 وم108.

1989- ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص338 ويحيى ص148 وم ص108 ويم ص124 ومايابى238.

نص خليل

كَقَبْلَهُ ثُمَّ أيسَرَ إنْ كَانَ بَيِّنَ الْعُسْرِ وَحضَرَ الْعَبْدُ وَأحكَامُهُ قَبْلَهُ كَالقِنِّ وَلاَ يَلْزَمُ اسْتِسْعَاءُ الْعَبْدِ وَلاَ قَبُولُ مَالِ الْغَيْرِ وَلاَ تَخْلِيدُ القِيمَةِ فِي ذِمَّةِ الْمُعْسِرِ برِضَا الشَّرِيكِ وَمَنْ أَعْتَقَ حِصَّتَهُ لأجَلٍ قُوِّمَ عَلَيْهِ لِيَعْتِقَ جَمِيعُهُ عِنْدَهُ إلاَّ أنْ يَبُتَّ الثاني فَنَصِيبُ الأوَّلِ عَلَى حَالِهِ وَإنْ دَبَّرَ حِصَّتَهُ تَقَاوَيَاهُ لِيُرَقَّ كُلُّهُ أوْ يُدَبَّرَ وَإن ادَّعَى الْمُعْتِقُ عَيْبَهُ فَلَهُ اسْتِحْلاَفُهُ وَإنْ أذِنَ السَّيدُ أوْ أجَازَ عِتْقَ عَبْدِهِ جُزْءًا قُوِّمَ فِي مَالِ السَّيِّدِ وَإن احْتِيجَ لِبَيْعِ الْمُعْتِقِ بِيعَ وَإنْ أعْتَقَ أوَّلَ وَلَدٍ لَمْ يَعْتِق الثاني وَلَوْ مَاتَ وَإنْ أعْتَقَ جَنِينًا أوْ دَبَّرَهُ فَحُرٌّ وَإنْ لأكْثَرِ الحَمْلِ إلاَّ لِزَوْجٍ مُرْسَلٍ عَلَيْهَا فَلأقَلِّهِ وَبِيعَتْ إنْ سَبَقَ الْعِتْقَ دَيْنٌ وَرَقَّ وَلاَ يُسْتَثْنَى بِبَيْعٍ أوْ عِتْقٍ وَلَمْ يَجُزْ اشْتِرَاءُ وَلِيٍّ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى وَلَدٍ صَغِيرٍ بِمَالِهِ وَلاَ عَبْدٍ لَمْ يُؤْذَن لَهُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ وَإنْ دَفَعَ عَبْدٌ مَالاً لِمَنْ يَشْتَرِيهِ بِهِ فَإنْ قَالَ اشْتَرِنِي لِنَفْسِكَ فَلاَ شَيْءَ عَلَيْهِ إن اسْتَثْنَى مَالَهُ وَإلاَّ غَرِمَهُ وَبِيعَ فِيهِ وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَى الْعَبْدِ وَالْوَلاَءُ لَهُ كَلِتُعْتِقَنِي وَإنْ قَالَ لِنَفْسِي فَحُرٌّ وَوَلاَؤُهُ لِبَائِعِهِ إن اسْتَثْنَى مَالَهُ وَإلاَّ رُقَّ وَإنْ أعْتَقَ عَبِيدًا فِي مَرَضِهِ أوْ أوْصَى بِعِتْقِهِمْ وَلَوْ سَمَّاهُمْ وَلَمْ يَحْمِلْهُمْ الثلثُ أوْ أوْصَى بِعِتْقِ ثُلُثِهِمْ أوْ بِعَدَدٍ سَمَّاهُ مِنْ أكْثَرَ أقْرَعَ كَالْقِسْمَةِ إلاَّ أنْ يُرَتِّبَ فَيُتَّبَعُ أوْ يَقُولَ ثُلُثُ كُلٍّ أوْ أنْصَافَهُمْ أوْ أثْلاَثَهُمْ وَتَبِعَ سَيِّدَهُ بِدَيْنٍ إن لَّمْ يَسْتَثْنِ مَالَهُ وَرُقَّ إنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِرِقِّهِ أوْ تَقَدُّمِ دَيْنٍ وَحَلَفَ وَاسْتَؤْنِيَ بِالْمَالِ إنْ شَهِدَ شَاهِدٌ بِالْوَلاَءِ أو اثْنَانِ أنَّهُمَا لَمْ يَزَالاَ يَسْمَعَانِ أنَّهُ مَوْلاَهُ أو وَارِثُهُ وَحَلَفَ وَإنْ شَهِدَ أحَدُ الْوَرَثَةِ أوْ أقَرَّ أنَّ أبَاهُ أعْتَقَ عَبْدًا لَمْ يَجُزْ وَلَمْ يقَوَّمْ عَلَيْهِ وَإنْ شَهِدَ عَلَى شَرِيكِهِ بِعِتْقِ نَصِيبِهِ فَنَصِيبُ الشَّاهِدِ حُرٌّ إنْ أيْسَرَ شَرِيكُهُ وَالأكْثَرُ عَلَى نَفْيِهِ كَعُسْرِهِ.

متن الحطاب

القاضي بعدم التقويم عليه فالظاهر أنهما سواء، وقد قال في المدونة قبله بيسير: وإن أعتق في يسره ثم قيم عليه في عسره فلا شك أنه لا يقوم عليه. انتهى. ويريد في المدونة بقوله المتقدم: ولو رفع ذلك إلى الإمام إلى آخره ما لم يكن بين العسر كما سيأتي في المسألة الآتية فإنه ذكرها في المدونة قبلها.

ص: **كقبله ثم أيسر إن كان بين العسر** ش: يشير إلى قوله في المدونة: وإن أعتق معسر شقصا له في عبد فلم يقوم عليه شريكه حتى أيسر فقال مالك قديما إنه يقوم عليه، ثم قال: إن كان يوم أعتق يعلم الناس والعبد والمتمسك بالرق أنه إنما ترك القيام لأنه إن خوصم لم يقوم عليه لعدمه فلا يعتق عليه وإن أيسر بعد ذلك، وأما لو كان العبد غائبا فلم يقوم حتى أيسر المعتق لنصيبه لقوم عليه بخلاف الحاضر، وإن أعتق في يسره فلم يطالب حتى أعسر ثم أيسر فقام شريكه حينئذ قوم عليه. انتهى.

339 ص: **إلا أن يبت الثاني فنصيب الأول على حاله** ش:/ ظاهر كلامه أنه لا يمنع التقويم إلا إذا بت الثاني وأنه لو أعتق الثاني نصيبه إلى ذلك الأجل لم يمنع [التقويم[1990]] وليس كذلك، بل الحكم كذلك إذا أعتق الثاني حصته إلى الأجل الذي أعتق الأول إليه. قاله ابن رشد في رسم أوصى وفي رسم جاع من سماع عيسى من كتاب العتق، ونقله ابن عرفة، ونقله المصنف في التوضيح عن ابن القاسم في العتبية.

ص: **وإن أعتق عبيدا في مرضه إلى قوله أقرع** ش: انظر هذا مع قوله في التوضيح: قال في الوصايا: 340 إن المدبرين في الصحة إذا تعاقبوا قدم الأول فالأول، وإلا/ فالمشهور أنه يعتق منهم بالحصص، وقيل يقرع بينهم. انتهى. إلا أن يقال ما في الصحة لا قرعة فيه، وقد صرح هنا في التوضيح بأن العتق في الصحة لا قرعة فيه فتأمله. والله أعلم.

ص: **أو أثلاثهم** ش: يعني فيعتق من كل واحد ثلثه.

الحديث

....

[1990] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص339 ويحيى ص148 وم ص109 ويم ص124 ومايابى238.

نص خليل

بَابُ التَّدْبِيرُ تَعْلِيقُ مُكَلَّفٍ رَشِيدٍ وَإِنْ زَوْجَةً فِي زَائِدِ الثلثِ الْعِتْقَ بِمَوْتِهِ لاَ عَلَى وَصِيَّةٍ كَإِنْ مُتُّ مِن مَّرَضِي أَوْ سَفَرِي هَذَا أَوْ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي مَا لَمْ يُرِدْهُ وَلَمْ يُعَلِّقْهُ أَوْ أَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي بِيَوْمٍ بِدَبَّرْتُكَ وَأَنْتَ مُدَبَّرٌ أَوْ حُرٌّ عَنْ دُبُرٍ مِنِّي وَنَفَذَ تَدْبِيرُ نَصْرَانِي لِمُسْلِمٍ وَأُوجِرَ لَهُ وَتَنَاوَلَ الْحَمْلَ مَعَهَا كَوَلَدٍ لِمُدَبِّرٍ مِنْ أَمَتِهِ بَعْدَهُ وَصَارَتْ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ إِنْ عَتَقَ وَقُدِّمَ الأَبُ عَلَيْهِ فِي الضِّيقِ وَلِلسَّيِدِ نَزْعُ مَالِهِ إن لَّمْ يَمْرَضْ وَرَهْنُهُ وَكِتَابَتُهُ لاَ إِخْرَاجُهُ بِغَيْرِ حُرِّيَةٍ.

متن الحطاب

قال أبو الحسن في أول كتاب الوصايا: قال عبد الحق: لو قال أثلاث رقيقي لفلان فإن لفلان ثلثهم بالقرعة بخلاف ما لو قال أثلاث رقيقي أحرار؛ لأنه في الوصية يكون شريكا في كل واحد، ومن له شرك في رقيق جمع نصيبه في شيء بعينه عند ابن القاسم فليس كالعتق الذي لا بد أن يكون في جميعهم؛ إذ لا يستبد به بعضهم دون بعض، والوصية لهم واحدة. انتهى. وقال في المدونة: ومن قال عند موته أثلاث رقيقي أو أنصافهم أحرار أو ثلث كل رأس أو نصف كل رأس أعتق من كل واحد منهم ما ذكر إن حمل ذلك ثلثه ولا يبدأ بعضهم على بعض. انتهى.

فرع: وإذا قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فهل يعتق جميعهم، أو من سمى؟ انظر

341 أحكام ابن سهل في الوصايا والمشذالي في الوصايا الأول./

ص: **باب التدبير تعليق مكلف رشيد وإن زوجة في زائد الثلث العتق بموته لا على وصية**

ش: هذا نحو قول ابن الحاجب عتق معلق على الموت على غير وصية. قال ابن عرفة: رده ابن عبد السلام بأنه تعريف بالإضافيات، وذكروا أنه يجتنب في التعريفات لإجماله. ابن عرفة: ما ذكره عنهم من اجتناب الإضافيات لا أعرفه حسبما تقرر في موضعه وليست الإضافة ملزومة للإجمال، ولذا وقعت

342 في/ تعريفاتهم كثيرا كقول القاضي القياس حمل معلوم بإضافة حمل إلى معلوم وقولهم في التناقض هو اختلاف قضيتين، ولو اعترضه بالتركيب وهو وقف معرفة المعرف على معرفة حقيقة أجنبية عنه ليست أعم ولا أخص كان صوابا. انتهى. يعني بالحقيقة الأخرى الوصية.

ص: **وقدم الأب [عليه[1991]] في الضيق** ش: هذا الذي مشى عليه المؤلف هو الذي استظهره ابن عبد السلام من عند نفسه بعد أن قال: إن المنقول خلافه، واختصر المصنف كلامه في التوضيح، ونصه: وإذا كان الابن بمنزلة أبيه فهل يحاص أباه عند ضيق الثلث على المشهور في المدبرين في كلمة واحدة خلافا لابن ناجي الذي يقول يعتق منهم محمل الثلث بالقرعة أو يكون الأب مقدما في الثلث لأنه تقدم تدبيره على تدبير ولده كالمدبرين أحدهما بعد الآخر. ابن عبد السلام: والثاني هو الظاهر، والأول هو المنقول في المدونة وغيرها. انتهى. فكلامه صريح في أن الذي استظهره خلاف المنقول، ونص المدونة ما ولدت المدبرة أو ولد للمدبر من أمته بعد التدبير قبل موت السيد أو بعده بمنزلتهما والمحاصة بين الآباء والأبناء في الثلث ويعتق محمل الثلث من جميعهم بغير قرعة. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن: قوله والمحاصة إلى آخره الشيخ لئلا يتوهم أنه يؤثر الآباء على الأبناء كما في الحبس وفي مسألة الحبس خلاف. انتهى.

الحديث ....

[1991] - في المطبوع على غيره وما بين المعقوفين من ن عـدود ص342 ويحيى ص149 وم ص109 ويم ص125 ومايابى239.

نص خليل

وَفُسِخَ بَيْعُهُ إنْ لَمْ يَعْتِقْ وَالْوَلاَءُ لَهُ كَالْمُكَاتَبِ وَإِنْ جَنَى فَإِنْ فَدَاهُ وَإِلاَّ أَسْلَمَ خِدْمَتَهُ تَقَاضَيَا وَحَاصَّهُ مَجْنِيٌّ عَلَيْهِ ثَانِيًا وَرَجَعَ إنْ وَفَى وَإِنْ عَتَقَ بِمَوْتِ سَيِّدِهِ اتُّبِعَ بِالْبَاقِي أَوْ بَعْضُهُ بِحِصَّتِهِ وَخُيِّرَ الْوَارِثُ فِي إسْلاَمِ مَا رُقَّ أَوْ فَكِّهِ وَقُوِّمَ بِمَالِهِ وَإِذَا لَمْ يَحْمِلِ الثلثُ إلاَّ بَعْضَهُ عَتَقَ وَبَقِيَ مَالُهُ بِيَدِهِ وَإِنْ كَانَ لِسَيِّدِهِ دَيْنٌ مُؤَجَّلٌ عَلَى حَاضِرٍ مَلِيءٍ بِيعَ بِالنَّقْدِ وَإِنْ قَرُبَتْ غَيْبَتُهُ اسْتُؤْنِيَ قَبْضُهُ وَإِلاَّ بِيعَ فَإِنْ حَضَرَ الْغَائِبُ أَوْ أَيْسَرَ الْمُعْدِمُ بَعْدَ بَيْعِهِ عَتَقَ مِنْهُ حَيْثُ كَانَ وَأَنْتَ حُرٌّ قَبْلَ مَوْتِي بِسَنَةٍ إنْ كَانَ السَّيِّدُ مَلِيًّا لَمْ يُوقَفْ فَإِنْ مَاتَ نُظِرَ فَإِنْ صَحَّ اتُّبِعَ بِالْخِدْمَةِ وَعَتَقَ من رَّأسِ الْمَالِ وَإِلاَّ فَمِنَ الثلثِ وَلَمْ يَتَّبِعْ وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَلِيءٍ وُقِفَ خَرَاجُ سَنَةٍ ثُمَّ يُعْطَى السَّيِّدُ مِمَّا وُقِفَ مَا خَدَمَ نَظِيرَهُ.

متن الحطاب

ص: وفسخ بيعه إن لم يعتق ش: أي فإن أعتقه المشتري فإن عتقه ينفذ، ولا يفسخ البيع ويكون الولاء للمشتري ويكون جميع الثمن سائغا للبائع ولا يرجع عليه المبتاع بشيء، وقاله جميعه في المدونة.

فرع: قال أبو الحسن في كتاب التدبير من شرح المدونة: لو غاب المدبر يعني المبيع فعمي خبره قال أصبغ القياس عندي إذا استعفى أمره فأيس منه أن ينزل منزلة الموت كما تعتد امرأة المفقود عدة الميت دون الحي. قال ابن المواز: هذا غلط، وقد طلب عمر رضي الله عنه رد المدبرة التي باعت عائشة رضي الله عنها فلم يجدها فأخذ الثمن فجعله في جارية يدبرها، وقال ابن المواز عن ابن القاسم [يجعل[1992]] ثمنه كله في مدبر. قال أصبغ: هذا استحسان. انتهى. انظر البيان في أول رسم من سماع أصبغ من كتاب المدبر.

ص: وقوم بماله في الثلث ش: هذا هو المشهور في المذهب.

343

فرع: فإن دبره السيد في صحته واستثنى ماله بعد موته يعني بعد موت السيد جاز ذلك، / فإذا مات السيد قوم المدبر ببدنه بغير ماله ويصير ماله من أموال السيد، وكذلك إذا دبره في مرضه واستثنى ماله، ومنع من ذلك ابن كنانة، وقال: ليس مما جاءت به السنة ويتبعه ماله. قاله في أول سماع ابن القاسم من كتاب المدبر.

ص: فإن لم يحمل إلا بعضه عتق وأقر ماله بيده ش: أي أقر ماله كله بيده، وقاله في المدونة، ونقله ابن عرفة وغيره وقوله في التوضيح أقر بيده نصف ماله سهو. والله أعلم.

ص: وأنت حر قبل موتي بسنة إلى آخره ش: هذه المسألة في رسم يوصي من سماع عيسى من ابن القاسم من كتاب العتق. قال ابن رشد فيها بعد ذكره قول ابن القاسم: قال الموثقون: وعلى قياس هذه الرواية أن من أراد أن يستخدم عبدا طول حياته ويكون حرا من رأس ماله بعد وفاته فيعتقه الآن قبل السبب الذي يكون منه وفاته بأجل يسميه وذلك لا يصح؛ إذ ليس للرجل بعد وفاته أكثر من ثلث ماله، والواجب إذا فعل ذلك أن يعجل عتقه باتفاق؛ لأن العتق قد حصل له بيقين؛ إما بقوله وإما بموته فلا يصح أن يمكن من اختدامه بشك؛ إذ لا يدري لعله حر من الآن. انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله.

الحديث

....

[1992] *- في المطبوع بجعل وما بين المعقوفين من ن عدود ص342 ويم146 وم109 ومايابى240 ويحيى492 وسيد45.

نص خليل

وَبَطَلَ التَّدْبِيرُ بِقَتْلِ سَيِّدِهِ عَمْدًا وَباسْتِغْرَاقِ الدَّيْنِ لَهُ وَلِلتَّركَةِ وَبَعْضُهُ بِمُجَاوَزَةِ الثلثِ وَلَهُ حُكْمُ الرِّقِّ وَإِنْ مَّاتَ سَيِّدُهُ حَتَّى يُعْتَقَ فِيمَا وُجِدَ حِينَئِذٍ وَأَنْتَ حُرٌّ بَعْدَ مَوْتِي وَمَوْتِ فُلَانٍ عَتَقَ مِنَ الثلثِ أَيْضًا وَلَا رُجُوعَ لَهُ وَإِنْ قَالَ بَعْدَ مَوْتِ فُلَانٍ بِشَهْرٍ فَمُعْتَقٌ لأجَلٍ مِن رَّأْسِ الْمَالِ.

بَاب نُدِبَ مُكَاتَبَةُ أَهْلِ التَّبَرُّعِ وَحَطُّ جُزْءٍ آخِرًا وَلَمْ يُجَبَرِ الْعَبْدُ عَلَيْهَا وَالْمَأْخُوذُ مِنْهَا الْجَبْرُ.

متن الحطاب

فرع: قال ابن رشد إثر كلامه المتقدم: وإذا قال لعبده أنت حر قبل موتك بكذا وكذا فيعجل عتقه على مذهب ابن القاسم، ولا عتق له على مذهب أشهب. انتهى.

ص: وبطل التدبير بقتل سيده عمدا ش: قال ابن عرفة: وسمع عيسى ابن القاسم إن قتل المدبر سيده خطأ/ عتق في ماله ولم يعتق في ديته وكانت الدية عليه دينا ليس على العاقلة منها شيء؛ لأنه إنما صنعه وهو مملوك، وإن قتله عمدا قتل به فإن استحياه الورثة بطل تدبيره وكان رقا لهم. ابن رشد: قوله وتكون الدية عليه دينا صحيح على ما في المدونة وغيرها. قال أصبغ: في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الديات، وهذا إذا حمله الثلث، فإن لم يحمله عتق منه محمله وكان عليه من الدية بقدر ما عتق منه يؤخذ من ماله إن كان له مال، ويتبع به دينا إن لم يكن له، ولا يدخل فيما يؤخذ منه من الدية، ولا يعتق فيها منه شيء وقوله صحيح، وقوله إنه يبطل إن كان قتله عمدا هو على قياس ما [اجمعوا[1993]] عليه من أن [القاتل[1994]] عمدا لا إرث له ممن قتله. قال ابن عرفة: قلت: وقتل أم الولد سيدها عمدا. قال الشيخ في الموازية عن ابن القاسم: تعتق لأنه عتق لازم من رأس المال، وتقتل به إلا أن يعفو عنها، ولا تتبع بعقل في الخطإ بخلاف المدبر، وقال عبد الملك تتبع بمثله وعتقها من رأس المال. انتهى.

344

فرع: نقل الشيخ أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني في مسألة من أعتق عبده إن قدم أبوه أن من قال لعبده اعمل على هذه الدابة فإذا ماتت فأنت حر فإنه إن قتلها عمدا فإنه يعتق. قاله سحنون. قال كأم الولد تقتل سيدها عمدا فإنه لا يبطل ما جنت ما عقد عليها من العتق. انتهى.

ص: باب ندب مكاتبة أهل التبرع ش: يقال كتابة ومكاتبة وكتاب. قال الله تعالى: ﴿ والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ وهي مشتقة من الأجل المضروب لنجومها فإن الكتابة هي الأجل؛ قال عز من قائل: ﴿ ولها كتاب معلوم ﴾ أي أجل مقدر، ومنه قيل كاتب عبده أي وأجله على ذلك، وحدها في الشرع قال في التوضيح: عتق الرجل عبده على مال يؤديه منجما.انتهى. [وكذا[1995]] قال ابن عرفة هي عتق على مال مؤجل من العبد موقوف على أدائه فيخرج ما على مال معجل، ولذا قال فيها: لا تجوز كتابة أم الولد، ويجوز عتقها على مال، ويخرج عتق العبد على مال منجم على أجنبي. انتهى. وقول المؤلف: "ندب" يشير به إلى أن حكم الكتابة الندب.قال في التوضيح: وهو مذهب المدونة. قال ابن عرفة: وهو المعروف ومقابله قول بالإباحة

الحديث ....

1993 *- في المطبوع اجتمعوا وما بين المعقوفين من يحيى492 ومايابى241.

1994 - في المطبوع القتل وما بين المعقوفين من ن عدود ص344 ويحيى ص149 وم ص109 ويم ص125 ومايابى241.

1995 *- في المطبوع كذا وما بين المعقوفين من يحيى492 ويم146 وم110.

نص خليل بِكَاتَبْتُكَ وَنَحْوِهِ بِكَذَا.

متن الحطاب في المذهب [وهو[1996]] الذي رواه ابن القصار، وقاله مطرف، وحكاه ابن الجلاب عن مالك. قال ابن عرفة: قال اللخمي: قال مالك في الموطأ: سمعت بعض أهل العلم إذا سئل عن ذلك يتلو ﴿ وإذا حللتم فاصطادوا ﴾ ﴿ فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض ﴾ فجعلها على الإباحة انتهى وقال أهل الظاهر بوجوبها للأمر بها في قوله تعالى: ﴿ فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا ﴾ قال في التوضيح: واختلف في الخير المذكور في الآية هل هو المال، أو القدرة على الكسب، أو الصلاح أو الدين أو الأمانة إلى غير ذلك من الأقوال؟ والمنقول عن مالك في الموازية أنه القوة على الأداء. انتهى.

وفصل اللخمي في حكمها فقال على ما نقل عنه ابن عرفة: إن كان العبد لا يعرف بسوء وسعايته من المباح وقدر الكتابة ليس بأكثر من خراجه بكثير/ فهي مندوب إليها، وإن كان قدر الكتابة أكثر منه بكثير فمباحة، وإن عرف بالسوء والإذاية فمكروهة، [و[1997]] إن كانت سعايته من حرام فهي محرمة. انتهى. وقوله: "أهل [التبرع"[1998]] هو فاعل المصدر، وهذا هو الركن الأول من أركانها فإن لها أربعة أركان المكاتب والمكاتب والصيغة والعوض، فالأول قال المؤلف: "هم أهل التبرع" فخرج الصبي والمجنون والسفيه المحجور عليه ويرد عليه العبد المكاتب فإنه ليس من أهل التبرع، وتصح كتابته على وجه النظر كما سيأتي، والمريض والمرأة فيما زاد على الثلث إذا لم يحابيا. والله أعلم. (345)

ص: **بكاتبتك ونحوه بكذا** ش: هذا هو الركن الثاني، وهو الصيغة.

قال في اللباب: هو لفظ أو ما يقوم مقامه يدل على العتق على مال منجم. انتهى. وقال ابن الحاجب: الصيغة مثل كاتبتك على كذا في نجم أو نجمين فصاعدا. قال في التوضيح: قوله مثل كاتبتك؛ يعني وأنت مكاتب أو معتق على نجمين. ثم قال: وظاهر قول المصنف: "في نجم أو نجمين" أنه لا فرق بين ما قل من النجوم أو كثر، وهكذا ذكر ابن شعبان قال: ومن أصحابنا من يختار جعلها في نجمين. انتهى. ونحوه في الذخيرة وابن شاس وابن جزي، ونقل الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة قولا باشتراط كونها في نجمين. انتهى.

تنبيه: قال في المقدمات: مذهب الشافعي أن المكاتب لا يعتق وإن أدى جميع الكتابة، إلا أن يشترط ذلك لنفسه في عقد الكتابة وعند مالك وأبي حنيفة وأصحابهما وجمهور أهل العلم أن المكاتب يعتق إذا أدى جميع الكتابة وإن لم يشترط ذلك، ولا يضره أن لا يقول له مولاه إذا أديت إلي جميع كتابتك فأنت حر؛ لأن ذلك مفهوم من فعلهما وقصدهما وإن لم يذكراه. انتهى. وقال ابن جزي: لأن لفظ الكتابة يتضمن الحرية. انتهى. وقال في الذخيرة: قال الشافعي: لفظ كاتبتك ليس صريحا فلا يعتق بالأداء إلا أن يقول نويت إن أدى فهو حر لدوران الكتابة بين المخارجة والكتابة بالقلم، فلا

الحديث ....

[1996] – في المطبوع وهذا وما بين المعقوفين من ن ذي ص344 ويحيى ص150 وم ص110 ويم ص125 ومايابى241.

[1997] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص345 ويحيى ص150 وم ص110 ويم ص125 ومايابى241.

[1998] *– في المطبوع تبرع وما بين المعقوفين من يحيى493.

نص خليل

وَظَاهِرُهَا اشْتِرَاطُ التَّنْجِيمِ وَصُحِّحَ خِلاَفُهُ وَجَازَ بِغَرَرٍ كَآبِقٍ وَجَنِينٍ وَعَبْدِ فُلاَنٍ لاَ لُؤْلُؤٍ لَمْ يُوصَفْ أَوْ كَخَمْرٍ وَرُجِعَ لِكِتَابَةِ مِثْلِهِ وَفَسْخُ مَا عَلَيْهِ فِي مُؤَخَّرٍ أَوْ كَذَهَبٍ عَنْ وَرِقٍ وَعَكْسِهِ وَمُكَاتَبَةً وَلِيِّ مَا لِمَحْجُورِهِ بِالْمَصْلَحَةِ وَمُكَاتَبَةُ أَمَةٍ وَصَغِيرٍ وَإِنْ بِلاَ مَالٍ وَكَسْبٍ وَبَيْعُ كِتَابَةٍ أَوْ جُزْءٍ لاَ نَجْمٍ فَإِنْ وَفَى فَالْوَلاَءُ لِلأَوَّلِ وَإِلاَّ رُقَّ لِلْمُشْتَرِي وَإِقْرَارُ مَرِيضٍ بِقَبْضِهَا إنْ وُرِثَ غَيْرَ كَلاَلَةٍ وَمُكَاتَبَتُهُ بِلاَ مُحَابَاةٍ وَإِلاَّ فَفِي ثُلُثِهِ وَمُكَاتَبَةُ جَمَاعَةٍ لِمَالِكٍ فَتُوَزَّعُ عَلَى قُوَّتِهِمْ عَلَى الأَدَاءِ يَوْمَ الْعَقْدِ وَهُمْ وَإِنْ زَمِنَ أَحَدُهُمْ حُمَلاَءُ مُطْلَقًا فَيُؤْخَذُ مِنَ الْمَلِيءِ الْجَمِيعُ وَيَرْجِعُ إن لَمْ يَعْتِقْ عَلَى الدَّافِعِ وَلَمْ يَكُنْ زَوْجًا وَلاَ يَسْقُطُ عَنْهُمْ شَيْءٌ بِمَوْتِ وَاحِدٍ وَلِلسَّيِدِ عِتْقُ قَوِيٍ مِنْهُمْ إن رَّضِيَ الْجَمِيعُ وَقَوُوا فَإِنْ رُدَّ ثُمَّ عَجَزُوا صَحَّ عِتْقُهُ وَالْخِيَارُ فِيهَا وَمُكَاتَبَةُ شَرِيكَيْنِ بِمَالٍ وَاحِدٍ لاَ أَحَدُهُمَا أَوْ بِمَالَيْنِ أَوْ بِمُتَّحِدٍ بِعَقْدَيْنِ فَيُفْسَخُ وَرِضَا أَحَدِهِمَا بِتَقْدِيمِ الآخَرِ وَرَجَعَ لِعَجْزٍ بِحِصَّتِهِ كَإِنْ قَاطَعَهُ بِإِذْنِهِ مِنْ عِشْرِينَ عَلَى عَشَرَةٍ فَإِنْ عَجَزَ خُيِّرَ الْمُقَاطِعُ بَيْنَ رَدِّ مَا فَضَلَ بِهِ شَرِيكَهُ وَبَيْنَ إسْلاَمِ حِصَّتِهِ رِقًّا وَلاَ رُجُوعَ لَهُ عَلَى الآذِنِ وَإِنْ قَبَضَ الأَكْثَرَ فَإِن مَّاتَ أَخَذَ الآذِنُ مَالَهُ بِلاَ نَقْصٍ إنْ تَرَكَهُ وَإِلاَّ فَلاَ شَيْءَ لَهُ وَعِتْقُ أَحَدِهِمَا وَضْعٌ لِمَا لَهُ إلاَّ إنْ قَصَدَ الْعِتْقَ كَإِنْ فَعَلْتَ فَنِصْفُكَ حُرٌّ فَكَاتَبَهُ ثُمَّ فَعَلَ وُضِعَ النِّصْفُ وَرُقَّ كُلُّهُ إنْ عَجَزَ وَلِلْمُكَاتَبِ بِلاَ إذْنٍ بَيْعٌ وَاشْتِرَاءٌ وَمُشَارَكَةٌ وَمُقَارَضَةٌ وَمُكَاتَبَةٌ وَاسْتِخْلاَفُ عَاقِدٍ لأَمَتِهِ وَإِسْلاَمُهَا أَوْ فِدَاؤُهَا إنْ جَنَتْ بِالنَّظَرِ وَسَفَرٌ لاَ يَحِلُّ فِيهِ نَجْمٌ وَإِقْرَارٌ فِي رَقَبَتِهِ وَإِسْقَاطُ شُفْعَتِهِ لاَ عِتْقٌ وَإِنْ قَرِيبًا وَهِبَةٌ وَصَدَقَةٌ.

متن الحطاب

ينصرف لأحدهما إلا بالنية، ووافقنا أبو حنيفة، والجواب أنه مشتهر في [العرف[1999]] في الكتابة المخصوصة فينصرف إليه من غير نية. انتهى. فالحاصل من هذه النصوص المتقدمة أن الكتابة تكون باللفظ أو ما يقوم مقامه، وأنه لا يشترط أن يقول له مولاه إذا أديت فأنت حر، وأن التنجيم المشترط عند من يقول به يكفي فيه أن يكون في نجم واحد. والله أعلم.

346 ص: **وظاهرها اشتراط التنجيم وصحح خلافه** ش: ظاهر كلام المؤلف وابن الحاجب وغيرهما/ أن الكتابة الحالة لا تصح على ظاهر المدونة. وقال ابن عرفة: قول الشيخ -يعني في الرسالة- وغيره لا

347 يدل على منعها حالة، بل على عدم صدق لفظ الكتابة عليها فقط فتأمله. انتهى. وقال في المقدمات:/ والكتابة جائزة على ما تراضى عليه العبد والسيد من قليل وكثير وتجوز على مذهب مالك حالة ومؤجلة فإن وقعت مسكوتا عليها نجمت لأن العرف التنجيم. هذا قول متأخري أصحابنا، وقال ابن أبي زيد في رسالته: "والكتابة جائزة على ما رضيه العبد وسيده من المال منجما فظاهر قوله أن الكتابة لا تكون إلا منجمة وليس ذلك بصحيح على مذهب مالك. انتهى. والكتابة الحالة تسمى بالقطاعة. قاله ابن راشد في اللباب، ونصه:

قال الأستاذ أبو بكر: وظاهر قول مالك أن التأجيل شرط في الكتابة قال وعلماؤنا النظارة يجيزون الكتابة الحالة ويسمونها القطاعة. انتهى. وتطلق القطاعة أيضا على ما يفسخ السيد فيه كتابة العبد. قال في التنبيهات: والقطاعة بفتح القاف وكسرها أيضا هي مقاطعة السيد عبده المكاتب على مال

الحديث ....

[1999] - في المطبوع ومايابى242 الفرق وما بين المعقوفين من ن عـدود ص345 ويحيـى ص150 وم ص110 ويـم ص126.

نص خليل وَتَزْوِيجٌ وَإِقْرَارٌ بِجِنَايَةِ خَطَإٍ وَسَفَرٌ بَعُدَ إلاَّ بِإِذْنٍ وَلَهُ تَعْجِيزُ نَفْسِهِ إن اتَّفَقَا وَلَمْ يَظْهَرْ لَهُ مَالٌ فَيُرَقُّ وَلَوْ ظَهَرَ لَهُ مَالٌ.

متن الحطاب يتعجله من ذلك وأخذ العوض منه معجلا أو مؤجلا، [وكأنها من قطع[2000]] طلبه عنه بما أعطاه [والقطع[2001]] له بتمام حريته بذلك أو قطع بعض ما كان له عنده من جملته، وهذا جائز عند مالك وابن القاسم بكل ما كان وبما لا يجوز بين رب المال وغريمه عجل العتق لقبض جميعه أو أخره لتأخير بعضه عجل قبض ما قاطع عليه أو أخره وسحنون لا يجيزها إلا بما يجوز بين الأجنبي وغريمه. انتهى. وقال في الذخيرة: الفعالة بالفتح للسجايا الخلقية كالشجاعة وبكسرها للصنائع كالتجارة والخياطة وبضمها لما يطرح كالنخالة والزبالة، وهذه الاستعمالات أكثرية غير مطردة، والقطاعة هي بيع الكتابة بشيء آخر فهي نوع من التجارة والصناعة فالكسر فيها أنسب. انتهى.

تنبيه: وعلى القول باشتراط التنجيم وهو التأجيل فيكفي أن يجعل الكتابة كلها في نجم واحد كما تقدم، وقوله: "وصحح خلافه" قال الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة: وهو المشهور. انتهى. والله أعلم.

ص: **وتزويج** ش: يعني أنه ليس للمكاتب أن يتزوج قال في كتاب المكاتب منها: وليس للمكاتب أن يتزوج وإن رآه من وجه النظر أو يسافر إلا بإذن سيده اشترط ذلك السيد عليه أم لا إلا ما قرب من السفر مما لا ضرر فيه لحلول نجم أو غيره فذلك له.انتهى. قاله ابن الحاجب ويتزوج بإذنه. قال في التوضيح: ظاهره أنه لا يفتقر لإذن غيره وهو مقيد بما إذا لم يكن/ معه غيره أشهب وإن كان معه في الكتابة غيره فليس لسيده إجازة نكاحه إلا بإجازة من معه إلا أن يكونوا صغارا فيفسخ على كل حال ويترك لها إن دخل ثلاثة دراهم ولا تتبعه إن عتق بما بقي. انتهى. 348

فرع: قال ابن عرفة: إن تزوج بغير إذن سيده فأجازه جاز وإن رده فسخ ولها ثلاثة دراهم. انتهى. وهذا في الذكر وأما الأنثى فيتخرج ذلك على أنه هل له الجبر أم لا؟

فرع: قال في المدونة: ولو شرط عليه السيد أنه إن نكح أو سافر بغير إذنه فمحو كتابته بيده لم يكن له محوها إن فعل المكاتب شيئا من ذلك وليرفع ذلك إلى السلطان. قال ربيعة: للسيد فسخ الكتابة في بعيد السفر بحكم الإمام وإن نكح فرق بينهما وانتزع ما اعطى. انتهى.

ص: **وسفر بعد إلا بإذن** ش: قال اللخمي: اختلف في سفر المكاتب بغير إذن سيده فمنعه مالك وقال: قد تحل نجومه وهو غائب، وأجازه ابن القاسم إذا كان قريبا قال: ولم يكن فيه كبير مؤنة فيما يغيب [عن[2002]] سيده إذا حلت نجومه، واختار هو المنع منه إن كان صانعا أو تاجرا قبل الكتابة؛ لأن القصد سعايته في الحاضرة إلا أن تبور صناعته الجارية فله السفر بحميل بالأقل مما بقي عليه من الكتابة أو من قيمته، وإن كان شأنه السفر ومنه سعايته لم يكن له منعه ولا عليه أن يأتي

الحديث ....

[2000] – في المطبوع وكأنه ما انقطع (ويحيى ص150 وكأنه من قطع) وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 وم ص110 ويم ص126 ومايابى242.

[2001] – في المطبوع وانقطع وما بين المعقوفين من ن عدود ص347 ويحيى ص150 وم ص110 ويم ص126 ومايابى242.

[2002] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن ذي ص348 ويحيى ص151 وم ص110 ويم ص126 ومايابى243.

نص خليل

كَأنْ عَجزَ عَنْ شَيْءٍ أوْ غَابَ عِنْدَ الْمَحِلِّ وَلاَ مَالَ لَهُ وَفَسَخَ الْحَاكِمُ وَتَلَوَّمَ لِمَنْ يَرْجُوهُ كَالْقِطَاعَةِ وَلَوْ شَرَطَ خِلاَفَهُ وَقَبَضَ إنْ غَابَ سَيِّدُهُ وَإنْ قَبْلَ مَحِلِّهَاوَفُسِخَتْ إن مَّاتَ وَإنْ عَن مَال إلاَّ لِوَلَدٍ أوْ غَيْرِهِ دَخَلَ مَعَهُ بِشَرْطٍ أوْ غَيْرِهِ فَتُؤَدَّى حَالَّةً وَوَرِثَهُ مَن مَعَهُ فِي الْكِتَابَةِ فَقَطْ مِمَّنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ وَإن لَّمْ يَتْرُكْ وَفَاءً وَقَوِيَ وَلَدُهُ عَلَى السَّعْي سَعَوْا وَتُرِكَ مَتْرُوكُهُ لِلْوَلَدِ إنْ أمِنَ كَأمِّ وَلَدِهِ وَإنْ وُجِدَ الْعِوَضُ مَعِيبًا أو اسْتُحِقَّ مَوْصُوفًا كَمُعَيَّنٍ وَإنْ بِشُبْهَةٍ إن لَّمْ يَكُن لَّهُ مَالٌ وَمَضَتِ كِتَابَةُ كَافِرٍ لِمُسْلِمٍ وَبِيعَتْ كَأنْ أسْلَمَ وَبِيعَ مَعَهُ مَنْ فِي عَقْدِهِ وَكَفَّرَ بِالصَّوْمِ وَاشْتِرَاطُ وَطْءِ الْمُكَاتَبَةِ وَاسْتِثْنَاءُ حَمْلِهَا أوْ مَا يُولَدُ لَهَا وَمَا يُولَدُ لِمُكَاتَبٍ مِنْ أمَتِهِ بَعْدَ الْكِتَابَةِ.

متن الحطاب

بحميل، وإن كان النجم يحل قبل رجوعه منع منه وإن كان يعود قبل ذلك وكانت هناك تهمة أنه يبعد أو يتأخر منع إلا أن يأتي بحميل. انتهى. ونقله ابن عرفة، وقال بعده: قلت: الحمالة خلاف المذهب. انتهى.

ص: **فإن عجز عن شيء أو غاب عند المحل ولا مال له فسخ الحاكم** ش: أي فسخ الحاكم الكتابة وعاد العبد لما كان عليه قبل الكتابة من رق أو تدبير أو غير ذلك فهو أحسن من قول ابن الحاجب رق. والله أعلم.

349 ص: **وفسخت إن مات وإن عن [مال[2003]]** ش:/

قال في المدونة: وإذا أدى المكاتب كتابته في مرضه جازت وصيته في ثلث ما بقي من ماله فإن مات [قبل[2004]] دفعها أو أمر بدفعها فلم تصل إلى السيد حتى مات وأوصى بوصايا فلا وصية له. انتهى. قال ابن يونس: قيل لأبي عمران فلو بعث كتابته في مرضه إلى سيده فلم يقبلها السيد حين وصولها إليه هل يكون حرا ويرثه ورثته؟ فقال: لا حتى يقضى عليه بذلك، إلا أن تكون بموضع لا حاكم فيه فليشهد عليه فيكون ذلك كالحكم. انتهى.

ص: **وإن وجد العوض معيبا أو استحق [موصوفا[2005]] كمعين وإن بشبهة له إن لم يكن له مال** ش: هكذا في كثير من النسخ وهي مشكلة؛ لأنه لا وجه لها إلا أن تكون معطوفة على إن في قوله: وفسخت إن مات وذلك يقتضي أن الكتابة تنفسخ إذا وجد العوض معيبا أو استحق، ونصوص المذهب صريحة بخلاف ذلك كما بينه ابن مرزوق فيما نقله عنه ابن غازي، وأما قول ابن غازي أنه يتمشى على أن المعنى وفسخت العتاقة ولا يكون حينئذ مخالفا للمذهب لولا ما عارضه من كلام ابن رشد في استحقاق العبد الموصوف فليس بظاهر؛ لأنه يقتضي أنه إذا وجد العوض معيبا تفسخ العتاقة، وهو مخالف لنص المدونة وغيرها كما سيأتي ويوجد في بعض النسخ، وإن وجد العوض معيبا فمثله أو

الحديث ....

2003 - في المطبوع ومايابى243 ولد (ويحيى ص151 وإن على ولد) وما بين المعقوفين من ن عدود ص348 وم ص111 ويم ص126.

2004 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص349 ويحيى ص151 وم ص111 ويم ص147 ومايابى243.

2005 - في المطبوع ومايابى243 موصوف ويحيى ص151 وم ص111 وما بين المعقوفين من ن عدود ص349 ويم ص126.

نص خليل ....

متن الحطاب استحق [موصوف[2006]] فقيمته كمعين [إن[2007]] بشبهة، وإن لم يكن له مال اتبع به دينا. قال ابن مرزوق: وهذا الكلام أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل، إلا أن قوله في المستحق إذا كان موصوفا يرجع فيه بالقيمة ليس كذلك إنما يرجع فيه بالمثل. انتهى. وقبله ابن غازي، وليس بظاهر كما سيأتي من كلام ابن رشد الذي نقل ابن غازي بعضه، ولا شك أن هذه النسخة أقرب إلى الاستقامة وموافقة النقل فلنشرحها ونبين موافقتها للنقل، فقوله وإن وجد العوض معيبا فمثله؛ يعني أنه إذا قبض السيد من المكاتب العوض؛ يعني الكتابة يريد أو بعضها فوجد ما قبضه أو بعضه معيبا فله رده والرجوع بمثله.

350 قال في التوضيح: وأصله لابن عبد السلام؛ لأن الكتابة إنما تكون/ بغير معين والأعواض غير المعينة إذا اطلع فيها على عيب قضى بمثلها. انتهى. يريد ولا يرد العتق ولو كان عديما. قال في أول كتاب المكاتب من المدونة: وإن كاتبه على عبد موصوف فعتق بأدائه ثم ألفاه السيد معيبا فله رده ويتبعه بمثله إن قدر وإلا كان عليه دينا ولا يرد العتق قال أبو الحسن: معنى المسألة أنه كاتبه على عبد مضمون ولو كان معينا لرجع بقيمته كالنكاح على عبد بعينه والخلع على عبد بعينه. انتهى. وقوله أو استحق موصوف فقيمته كمعين يعنى به إذا استحق ما قبضه السيد من كتابة عبده أو قطاعته إذ لا فرق بينهما كما قاله في التوضيح، وصرح به اللخمي كما سيأتي وكان موصوفا فإنه يرجع عليه بقيمة ذلك الشيء الموصوف كما يرجع عليه إذا استحق وكان معينا [بقيمته،[2008]] أما المعين فلا إشكال أنه يرجع عليه بقيمته.

وأما الموصوف فتبع في ذلك ما قاله ابن رشد في أول سماع أشهب، ونصه: ولا اختلاف إذا قاطع سيده على عبد موصوف واستحق من يده أنه يرجع عليه بقيمته ولا يرده في الكتابة. انتهى. وقوله: "وإن بشبهة: شرط في مضي [العتق[2009]] والرجوع بالقيمة في استحقاق الموصوف [والمعين،[2010]] ويعني به [أن[2011]] ما ذكره من أن المكاتب إذا دفع لسيده شيئا ثم استحق أنه يرجع عليه بقيمته إنما هو إذا كان له فيه شبهة، ومفهوم الشرط أنه إذا لم يكن له في العوض المستحق شبهة فإن عتقه لا يمضي ويعود العبد مكاتبا. قال في البيان إثر كلامه السابق: وأما إذا قاطع سيده على شيء بعينه ولا شبهة له في ملكه غر به مولاه كالحلي يستودعه والثياب يستودعها وما أشبه ذلك فلا اختلاف في أن ذلك لا يجوز، ويرجع في الكتابة على ما كان عليه حتى يؤدي قيمة ما قاطع به. انتهى.

الحديث ....

[2006] – في المطبوع ويحيى ص151 ويم ص126 موصوفا وما بين المعقوفين من ن عدود ص349 وم ص111 ومايابى243.

[2007] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص349 ومايابى243 (ويحيى ص151 وإن بشبهة) وم ص111.

[2008] – في المطبوع بقيمتها وما بين المعقوفين من يم147 وم111 ومايابى244 ويحيى494 وسيد46.

[2009] – في المطبوع العقد وما بين المعقوفين من ن عدود ص350 ويحيى ص151 وم ص111 ويم ص126 ومايابى244.

[2010] – في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من يم174 وم111 ومايابى244 وسيد46.

[2011] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم147 وم111 ومايابى244 وسيد46 ويحيى494.

نص خليل ....

متن الحطاب وقوله: "وإن لم يكن له مال اتبع به دينا" فيعني به أنه إذا لم يكن للمكاتب الذي [دفع المعيب[2012]] والمستحق الذي له فيه شبهة مال فإنه يتبع بالمثل والقيمة دينا في ذمته ولا تعود مكاتبته. قال في المدونة: قال ابن القاسم وغيره إن [غر[2013]] سيده بما لم يتقدم له فيه شبهة ملك رد عتقه وإن تقدمت له فيه شبهة ملك مضى عتقه واتبع بقيمة ذلك دينا. انتهى. قوله: "رد عتقه" قال ابن يونس: يريد ويرجع مكاتبا. انتهى. وقال في البيان في السماع المذكور: يتحصل في المكاتب يقاطع سيده من كتابته على شيء يعينه له فيه شبهة ثلاثة أقوال: أحدها أنه يرجع في الكتابة حتى يؤدي إلى سيده قيمة ذلك مليئا كان أو معدما، وهو الذي يأتي على قول ابن القاسم في الذي يؤدي كتابته من أموال غرمائه، والثاني أنه لا يرجع في الكتابة إلا أن يكون معدما، وهو قول ابن نافع في المدونة، والثالث أنه لا يرجع في الكتابة مليئا كان أو معدما ويتبع بذلك إن كان معدما في ذمته وهو حر بالقطاعة، وهو قول أشهب في المدونة. انتهى.

قلت: وهو الذي يفهم من كلام ابن القاسم الذي نقلناه عن المدونة، وأما مسألة الغرماء فسيأتي أنها بمنزلة ما لا شبهة له فيه، وقال في المدونة: قال أشهب وابن نافع عن مالك في مكاتب قاطع سيده فيما بقي له عليه على عبد دفعه إليه فاعترف مسروقا فليرجع السيد على المكاتب بقيمة العبد. قال ابن نافع: هذا إذا كان له مال فإن لم يكن له مال عاد مكاتبا، وقال أشهب لا يرد عتقه إذا تمت حريته ويتبع بذلك قالا عن مالك: وإن قاطعه على وديعة أودعت عنده فاعترفت رد عتقه. انتهى.

تنبيه: قال في المدونة: وإن أدى كتابته وعليه دين فأراد غرماؤه أن يأخذوا من السيد ما قبض منه، فإن علم أن ما دفع من أموالهم فلهم أخذه ويرجع رقا، وإن لم يعلم ذلك مضى عتقه. قال ابن يونس: قوله: "ويرجع رقا" يريد مكاتبا، وهذا من قوله يدل على أنه [إن[2014]] دفع إلى سيده شيئا تقدمت له فيه شبهة ملك أنه يرد عتقه ويرجع مكاتبا خلاف ماله بعد هذا. انتهى. يشير إلى كلام المدونة السابق.

قال الشيخ أبو الحسن الصغير: فجعل ابن يونس ما تقدم لهذا العبد من ملكه لهذا الذي دفع إلى السيد شبهة وإن/ كان أموال غرمائه، وجعله اللخمي ليس بشبهة لتسلط الغرماء على ذلك، فحمله ابن يونس على الخلاف، وحمله اللخمي على الوفاق. انتهى. ونص ما في تبصرة اللخمي: قال الشيخ: إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب أو عن المقاطعة، فإن كان المكاتب موسرا غرم مثل ما أخذ من السيد ومضى عتقه، وسواء كان له فيه شبهة أم لا، وإن كان معسرا افترق الجواب، فإن لم يكن له في ذلك شبهة وإنما قضى من أموال الغرماء أو من وديعة ولا شيء له [رد[2015]] في الكتابة إن كان يرجى له مال، وإن كان لا يرجى رد في الرق وسقطت الكتابة، وإن كان له في ذلك

351

الحديث ....

[2012] – في المطبوع دفع إلا المعيب وما بين المعقوفين من ن عدود ص350 ويحيى ص151 وم ص111 ويم ص148 ومايابى244.

[2013] – في المطبوع غره وما بين المعقوفين من ن عدود ص350 ويحيى ص151 وم ص111 ويم ص127 ومايابى244.

[2014] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم147 وسيد46 ويحيى495 ومايابى244 وم111.

[2015] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص351 ويحيى ص152 وم ص111 ويم ص127 ومايابى245.

نص خليل ....

متن الحطاب شبهة اتبع بذلك في ذمته ولم يرده، وقاله ابن القاسم، ويحمل ذلك على أن السيد أعتقه عندما دفع ذلك إليه فلا يرد عتقه، وإن لم يعتقه وإنما أخذ منه المال وتشاهدا أنه لا ملك له عليه لدفع المال، وأنه قد استحق الحرية بالخروج عن ملك سيده بذلك كان له أن يرده إلى الكتابة أو في الرق إذا كان لا يرجى له مال إلا أن يكون الاستحقاق بعد أن طال أمره وجازت شهادته وورث الأحرار فيستحسن أن لا يرد. انتهى.

وقال الرجراجي: إذا قاطعه سيده على مال ثم استحق فتحصيله إن كان المكاتب موسرا غرم للسيد مثل ما أخذ منه أو قيمته إن كان مما يرجع إلى القيمة ومضى عتقه، وسواء تقدمت [له[2016]] فيه شبهة ملك أم لا، ولا خلاف في ذلك، وإن كان معسرا ففي ذلك أربعة أقوال: أحدها أن عتقه مردود جملة، وهو قول مالك في أول الباب إذا علم أن ذلك من أموالهم، والثاني أن عتقه ماض ولا يرد ويتبعه، وهو قول مالك وأشهب في الكتاب، والثالث التفصيل بين ما تقدمت [له[2017]] فيه شبهة ملك فيمضي عتقه ويتبع بقيمة ذلك وما لم يتقدم له فيه شبهة فيرد السيد عتقه فيه، وهو قول الرواة في المدونة، وهو ظاهر قول أشهب في المكاتب يقاطع على وديعة، والقول الرابع بالتفصيل بين أن يطول الزمان أو يقصر، فيمضي عتقه مع الطول، ويرد مع القرب، وعلى القول برد عتقه هل يرد إلى الرق أو إلى الحرية؟ المذهب على ثلاثة أقوال كلها مستقرأة من المدونة: أحدها أنه يرد إلى الرق لا إلى الكتابة، وهو ظاهر قول ابن القاسم في الكتابة، والثاني أنه يرد إلى كتابته وهو قول الرواة، والثالث التفصيل بين أن يرجى له مال فيرد إلى الكتابة أو لا يرجى له مال فيرد إلى الرق، وهو اختيار اللخمي. انتهى.

تنبيه: قال ابن يونس: اختلف في معنى قوله في المدونة فإن علم أن ما دفعه من أموالهم هل يريد أموالهم بعينها أو دفع وقد استغرق الدين ما كان بيده؟ والذي أرى أنه إن دفع وهو مستغرق الذمة فلهم رده، وإن لم تكن أعيان أموالهم لأنها أموالهم أو ما تولد عنها وكما لهم منع الحر من العتق والصدقة إذا كان مستغرق الذمة فكذلك لهم منع هذا من أن يعتق نفسه بهذا، وقد قال مالك بعد هذا: إذا كان المكاتب مديانا فليس له أن يقاطع سيده ويبقى لا شيء له؛ لأن غرماءه أحق بماله من سيده فإن فعل لم يجز، وكذلك أداؤه جميع كتابته، ولا فرق بين أعيان أموالهم وأثمان ذلك وما اعتاض المكاتب منها أن ذلك كأعيان أموالهم والغرماء أحق به. انتهى. وقوله: وإن لم يعلم أن ما دفعه إلى السيد من أموالهم هو ما دفع مما أفاده من عمل يده أو أرش خراجه أو دفعه مما بيده وليس بمستغرق الذمة وفيما بقي بيده وفاء لدينه، وإن أشكل ذلك قال بعض علمائنا لا سبيل إلى نقض العتق، فإن اعترف السيد بذلك فالقياس أن ينفذ العتق ويرد على الغرماء ما قبض لإقراره أنهم أولى به منه. انتهى. فتحصل من هذا أنه إذا استحق من يد السيد ما أخذه من المكاتب عن كتابته أو عن قطاعته

الحديث ....

2016 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ز ص351 يحيى495 مك112 يم148.

2017 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص351 ويحيى ص152 وم ص111 ويم ص127 ومايابى245.

نص خليل وَقَلِيلٍ كَخِدْمَةٍ إنْ وَفى لَغْوٌ وَإِنْ عَجزَ عَنْ شَيْءٍ أَوْ عَنْ أَرْشِ جِنَايَةٍ وَإِنْ عَلَى سَيِّدِهِ.

متن الحطاب فإنه إن كان موسرا أخذ منه مثل الذي استحق إن كان من ذوات [الأمثال[2018]] وقيمته إن كان من ذوات القيم، سواء كان موصوفا أو معينا كما صرح به ابن رشد، وهو الذي يؤخذ من كلام الرجراجي وغيره خلافا لما قال ابن مرزوق الموصوف[2019] يرجع فيه للمثل. والله أعلم. ولا يرد/ العتق، سواء كان له فيما دفعه شبهة أو لم يكن كما صرح به اللخمي والرجراجي خلاف ما قال ابن رشد في السماع المتقدم عن ابن القاسم فيما إذا كاتبه بما له فيه شبهة ثم استحق أنه يرجع إلى الكتابة مليئا كان أو معدما وهو غير ظاهر، بل ظاهر المدونة أنه إذا كانت له فيه شبهة أنه لا يرد إلى الكتابة، وأما إذا لم يكن له فيه شبهة فظاهر كلام ابن رشد أو صريحه أنه يرجع إلى الكتابة بلا خلاف ولو كان موسرا، وهو ظاهر المدونة خلاف ما يفهم من كلام الرجراجي واللخمي، وأما إن كان معسرا فلا يخلو إما أن يكون له شبهة فيه أم لا، فإن لم تكن [له فيه[2020]] شبهة فالذي عليه أكثر الرواة أنه يرجع إلى الكتابة.

352

وقد قال ابن رشد في السماع المذكور: لا خلاف في ذلك، لكن نقل الرجراجي في ذلك خلافا وهو بعيد، ولا يرجع إلى الرق إلا على القول الذي ذكره الرجراجي آخرا وهو بعيد أيضا، وأما تفصيل اللخمي بين من يرجى له مال أو لا فلا ينبغي أن يعد خلافا؛ لأن من لا يرجى له مال إذا رددناه للكتابة وعجز عنها رجع رقيقا. والله أعلم. وأما إن كانت له فيه شبهة فاختلف في ذلك فالذي عليه أكثر الرواة أنه يتبع بذلك في ذمته ولا يعود إلى الكتابة، وقال ابن نافع يعود إلى الكتابة، وذكر الرجراجي قولا بأنه يعود رقيقا وهو بعيد، وما دفعه من أموال الغرماء فجعله في المدونة مما لا شبهة له فيه وهو ظاهر. والله أعلم.

تنبيه: إن قيل لم قلتم إذا استحق ما قاطع به المكاتب يرجع بقيمته ولم تقولوا يرجع ببقية الكتابة التي قاطع عليها كمن أخذ من دينه عرضا ثم استحق أنه يرجع بدينه؟ قيل الكتابة ليست بدين ثابت؛ لأنها تارة تصح، وتارة لا تصح فأشبهت ما لا عوض له معلوم من نكاح أو خلع بعوض يستحق فإنه يرجع بقيمته.

ص: **وقليل كخدمة لغو** ش: تصوره واضح.

فرع: لو شرط على مكاتبه أنه إذا شرب خمرا عاد رقيقا ففعل فليس له رده. قاله في النكت، ونقل هذا الفرع في التوضيح، وسقط من بعض نسخه لفظة: "ليس" ففسد الكلام، وكأنه وقع في نسخة الشارح كذلك قال في الكبير: إنه إذا فعل العبد ذلك رجع رقيقا، وكذا في الشامل، وتبعه البساطي، وقد نقلت لفظ النكت في حاشية الشامل فتأمله. والله أعلم.

الحديث ....

[2018] – في المطبوع الأموال وم ص112 وما بين المعقوفين من ن عدود ص351 ويحيى ص152 ويم ص148 ومايابى246.

[2019] *– في يم148 وم112 وسيد46 ويحيى495 ومايابى246 ابن مرزوق ان الموصوف.

[2020] – ساقطة من المطبوع ومايابى246 (تكن له شبهة) وما بين المعقوفين من ن عدود ص352 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص127.

نص خليل

رُقَّ كَالْقِنِّ وَأُدِّبَ إنْ وَطِيءَ بِلاَ مَهْرٍ وَعَلَيْهِ نَقْصُ الْمُكْرَهَةِ وَإِنْ حَمَلَتْ خُيِّرَتْ فِي الْبَقَاءِ وَأُمُومَةِ الْوَلَدِ إلاَّ لِضُعَفَاءَ مَعَهَا أَوْ أَقْوِيَاءَ لَمْ يَرْضَوا وَحُطَّ حِصَّتُهَا إن اخْتَارَت الأُمُومَةَ وَإِنْ قُتِلَ فَالْقِيمَةُ لِلسَّيِدِ وَهَلْ قِنًّا أَوْ مُكَاتَبًا تَأْوِيلاَنِ وَإِنَ اشْتَرَى مَنْ يَعْتِقُ عَلَى سَيِّدِهِ صَحَّ وَعَتَقَ إنْ عَجَزَ وَالْقَوْلُ لِلسَّيِدِ فِي الْكِتَابَةِ وَالأَدَاءِ لاَ الْقَدْرِ وَالْجِنْسِ وَالأَجَلِ وَإِنْ أَعَانَهُ جَمَاعَةٌ فَإِن لَّمْ يَقْصِدُوا الصَّدَقَةَ رَجَعُوا بِالْفَضْلَةِ وَعَلَى السَّيِدِ بِمَا قَبَضَهُ إِنْ عَجَزَ وَإِلاَّ فَلاَ وَإِنْ أَوْصَى بِمُكَاتَبَتِهِ فَكِتَابَةُ الْمِثْلِ إنْ حَمَلَهُ الثلثُ وَإِنْ أَوْصَى لَهُ بِنَجْمٍ فَإِنْ حَمَلَ الثلثُ قِيمَتَهُ جَازَتْ وَإِلاَّ فَعَلَى الْوَارِثِ الإجَازَةُ أَوْ عِتْقُ مَحْمِلِ الثلثِ وَإِنْ أَوْصَى لِرَجُلٍ بِمُكَاتَبِهِ أَوْ بِمَا عَلَيْهِ أَوْ بِعِتْقِهِ جَازَتْ إنْ حَمَلَ الثلثُ قِيمَةَ كِتَابَتِهِ أَوْ قِيمَةَ الرَّقَبَةِ عَلَى أَنَّهُ مُكَاتَبٌ وَأَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنَّ عَلَيْكَ أَلْفًا أو وَّعَلَيْكَ أَلْفٌ لَزِمَ الْعِتْقُ وَالْمَالُ.

متن الحطاب

353 ص: **رق كالقن** ش: أي فيخير سيده حينئذ في فدائه بأرش الجناية أو إسلامه. /

ص: **[رجعوا[2021] بالفضلة]** ش: قال الجزولي: فإن دفع إليه اثنان مالا ليؤديه في الكتابة فدفع له مال أحدهما وخرج حرا فإنه يرد مال الآخر إليه، وإن لم يعلم مال من بقي فإنهما يتحاصان فيه على قدر ما دفعا إليه.

فرع: قال الجزولي: وكذلك كل من دفع إليه مال لأمر ما إما لكونه عالما أو صالحا أو فقيرا ولم تكن فيه تلك الخصلة فإنه يرده ولا يأكله، فإن فعل فقد أكل حراما. انتهى. وانظر حاشية [المشدالي[2022]] على المدونة في هذا المحل، وتقدم الكلام على شيء من ذلك.

ص: **وأنت حر على أن عليك ألفا أو وعليك لزم العتق والمال** ش: ذكر أهل المذهب هنا خمس صيغ وفي بعضها خلاف مخرج، وما ذكره المصنف في هاتين المسألتين هو قول مالك. قال في التنبيهات: الأولى قوله أنت حر وعليك ألف والعبد غير راض فيها ثلاثة أقوال: الأول قول مالك وأشهب إلزام السيد العتق المعجل والعبد المال بكل حال معجلا إن كان موسرا أو دينا إن كان معسرا. انتهى. وهو الذي اقتصر عليه المؤلف، ثم ذكر القولين، ثم قال: الثانية قوله أنت حر على أن عليك ألفا فيها أربعة أقوال قول مالك بإلزامه العتق والمال كما في الأولى. انتهى. ثم ذكر بقية الأقوال. والله أعلم.

تنبيه: قال ابن الحاجب: وأنت حر على ألف عتق في [الحال والمال[2023]] في ذمته. قال ابن عبد السلام: قوله أنت حر على ألف من غير أن يقول تؤدي أو تدفع أو غير ذلك لا يفيد شيئا. انتهى. وقال في التوضيح: قوله عتق يريد إذا قبل العبد، وهذا الكلام راجع إلى قوله أنت حر على أن عليك كذا، وعلى هذه الصورة حمل ابن راشد كلام المؤلف -يعني ابن الحاجب- وقد ذكروا هاهنا صيغا إلى آخره. ثم قال: واختلف في الأولى وهي أنت حر على أن عليك ألفا على أربعة أقوال الأول لمالك

الحديث

....

[2021] – في المطبوع رجفوا بالعضلة وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص152 وم ص112 ويم ص128 ومايابى246.

[2022] – في المطبوع المشذالي وما بين المعقوفين من ن ذي ص353 علق عليه الشيخ محمد سالم ب توجد بالإعجام والإهمال.

[2023] – في المطبوع في المال والحال وما بين المعقوفين من ن عدود ص353 ويحيى ص153 ويم ص128 ومايابى247.

نص خليل وَخُيِّرَ الْعَبْدُ فِي الِالْتِزَامِ وَالرَّدِّ فِي أَنْتَ حُرٌّ عَلَى أَنْ تَدْفَعَ أَوْ تُؤَدِّي أَوْ إنْ أَعْطَيْت أَوْ نَحْوُهُ.

متن الحطاب 354 بإلزامه العتق وإلزام العبد المال، وسواء قال أنت حر الساعة مثلا أو لم يقل، وهو الذي اقتصر عليه/ المصنف. انتهى. فانظر أول كلامه وآخره كيف قال أولا يريد إذا قبل العبد، وقال آخرا: مراد المصنف قول مالك بإلزام السيد العتق والعبد المال ففي كلامه تدافع، وقال ابن عرفة بعد ذكره كلام ابن عبد السلام المتقدم: قلت: ظاهر كلام ابن عبد السلام أن هذا اللفظ الذي ذكره ابن الحاجب لغو، وقال عياض: المسألة الأولى أنت حر وعليك كذا أو على أن عليك كذا هما سواء يعتق العبد وإن لم يرض.

قلت: فهذه المسألة والتي ذكرها ابن عبد السلام سواء. فتأمله. انتهى. وهو الذي حمله [ابن راشد[2024]] عليه فتحصل من كلام ابن الحاجب، وفهم ابن راشد وابن عرفة أنه لا فرق بين أن يقول أنت حر على ألف أو على أن عليك ألفا. والله أعلم.

تنبيه: ومثل قوله أنت حر وعليك ألف قوله أنت حر الساعة على أن تدفع إلي ألفا. قال أبو الحسن الصغير في كتاب العتق الثاني: قال ابن يونس: المحصول من قول مالك أنه إن قال أنت حر الساعة [بتلا[2025]] وعليك مائة دينار أو على أن عليك مائة دينار أو على أن تدفع إلي مائة دينار أنه حر ويتبع بالمائة أحب أم كره، وإن قال أنت حر ولم يقل الساعة [بتلا[2026]] ففي قوله أنت حر وعليك أو على أن عليك يعتق أيضا ويتبع مثل الأول، وإن قال على أن تدفع لا يعتق حتى يدفع لأنه لم يبتل عتقه إلا بعد دفع المال. انتهى. ومثله على أن تؤدي؛ إذ لا فرق بينهما كما صرح به ابن رشد في المقدمات وعياض في التنبيهات وغيرهما، وكذلك لو لم يقل الساعة ولكنه أراده فإنه بمنزلة ما لو تلفظ به. قاله في العتق الثاني من المدونة في الموضع الذي هذا شرحه، وسيأتي لفظه. والله أعلم.

ص: **وخير العبد في الالتزام والرد في حر على أن تدفع أو تؤدي أو إن أعطيت ونحوه** ش: هذه هي المسائل [الثلاث[2027]] الباقية، وقوله ونحوه معطوف على المجرور بفي ونحوه على أن تدفع إلي أو تؤدي إلي أو تعطيني أو تجيئني بكذا. قاله في التنبيهات ونحوه إن أعطيت أو أديت أو جئتني أو إذا أو متى، وقاله في العتق الثاني من المدونة، وإذا خير العبد في الرد والقبول فإن رد فلا كلام، وإن قبل فلا يعتق إلا [بالأداء[2028]] صرح به في العتق الثاني منها.

تنبيهات: الأول: لا ينجم عليه في هذه الصورة. قاله في المدونة أيضا.

الثاني: قال فيها ليس للعبد أن يطول بسيده ولا للسيد أن يعجل بيعه إلا بعد تلوم السلطان بقدر ما يرى، وسيأتي الخلاف فيه في كلام عياض.

الحديث ....

2024 – في المطبوع ويم ابن رشد وما بين المعقوفين من مايابى247 ويحيى .

2025 – في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص354 ويحيى ص153 (ويم ص149 تبلا) وم ص112.

2026 – في المطبوع مثلا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2027 *– في المطبوع الثلاثة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في مايابى247.

2028 – في المطبوع بأداء وما بين المعقوفين من ن ذي ص354 ويحيى ص153 ويم ص128 وم ص113 ومايابى247.

نص خليل ....

متن الحطاب **الثالث:** قال فيها أيضا: وإن دفع الألف عن العبد أجنبي أجبر السيد على أخذها وعتق العبد ولو دفع العبد ذلك من مال كان بيد العبد فقال السيد ذلك المال لي فليس له ذلك لأن العبد ها هنا كالمكاتب يتبعه ماله ويمتنع السيد من كسبه أيضا. انتهى.

الرابع: قال في المدونة: لو قال أنت حر على أن تدفع إلي مائة دينار إلى سنة فقبل ذلك العبد فإن لم يقل حر الساعة أو يرد ذلك لم يعتق العبد إلا بالأداء عند مالك، ويتلوم له بعد محله فإن عجز رق، وقوله إن جئتني بكذا أو إلى أجل كذا فأنت حر من القطاعة ومن ناحية الكتابة، ويتلوم له كالمكاتب، وليس له بيعه. قال أبو الحسن: قال اللخمي: ويحال بين السيد ومال العبد وخراجه وله أن يسعى فيما لزم من المال ويضرب له من الأجل بقدر ما يرى أنه يحضره فيه، وإن لم يأت به تلوم له، ولا يمكن العبد أن يطول على السيد، فإن لم يحضره كان رقيقا. انتهى.

الخامس: قال عياض في التنبيهات بعد ذكره الخلاف في المسألة الخامسة؛ وهي قوله إن أعطيتني: ولكن يختلف [هل هو تفويض[2029]] في إن وإذا ومتى وللعبد ذاك وإن طال الزمان، وهو قول مالك في المبسوط قال له ذلك ما دام في ملكه وإن طال زمانه ويلزم ذلك ورثته من بعده. قال ابن القاسم: ولا سبيل إلى بيعه في هذه الوجوه ولا هبته حتى يوقف عند الإمام ويتلوم له أو يعجزه، ومثله في المدونة على قياس قول مالك، وفي العتبية إن طال الزمان لم يلزم السيد ما جاء به ونحوه/ للمخزومي في المدونة والمبسوط ومذهب سحنون أنه متى قاما من المجلس فلا حرية للعبد وإن جاءه بالمال. انتهى. 355

وقوله في هذه الوجوه؛ يعني به المسائل الثلاث وهي على أن تدفع أو على أن تؤدي أو إن أعطيت، وهذا كلام عياض الموعود به، واشتمل أوله على مسألة وآخره على مسألة أخرى.

السادس: إن قيل ما الفرق بين قوله أنت حر على أن عليك ألفا، وبين قوله على أن تدفع؟ قيل الفرق أنه إذا قال إن عليك ألفا فقد ألزمه ذلك ولم يجعله إليه، وللسيد أن يلزم عبده ويجبره على العتق على المال وعلى التزويج. قاله أبو الحسن. وليس في هذه مصادرة لأن الكلام مع من يسلم أن للسيد أن يجبر عبده ويلزمه، ولكنه يسأل لم جعل هذا اللفظ يدل على الإلزام وهذا لا يدل عليه، وإذا قال على [أن تدفع[2030]] فقد جعل الدفع إليه، فكأنه جعل للعبد في ذلك اختيارا ونظرا لصرفه العمل إليه، وفي قوله على أن عليك كأنه ألزمه ولم يجعل له في ذلك رأيا ولا اختيارا، بل ظاهره الجبر على الدفع فتأمله. وهذا مأخوذ من المقدمات ومن الرجراجي، وتقدم في كلام أبي الحسن شيء من هذا في الكلام على القولة الأولى. والله أعلم.

السابع: إذا كانت المقول لها أمة فكل ما ولدت بعد ذلك فإنه يعتق إذا أدت الألف وخرجت حرة. قال مالك: كل شرط كان في أمة فما ولدت بعد الشرط من ولد أو كانت حاملا به يوم شرط لها ذلك فولدها في ذلك الشرط بمنزلتها. انتهى من عتقها الثاني.

الحديث ....

[2029] – في المطبوع هل تفويض وضبب عليها عدود وفي نسخة سيد47 وهل هو تفويض وأقره الشيخ محمد سالم.

[2030] *– في المطبوع ان يدفع وما بين المعقوفين من يم149 وم113 ويحيى497 وسيد47 ومايابى248.

نص خليل **باب** إِنْ أَقَرَّ السَّيِّدُ بِوَطْءٍ وَلاَ يَمِينَ إِنْ أَنْكَرَ كَأَنِ اسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ وَنَفَاهُ وَوَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ وَإِلاَّ لَحِقَ بِهِ وَلَوْ أَتَتْ لأَكْثَرِهِ إِنْ ثَبَتَ إِلْقَاءُ عَلَقَةٍ فَفَوْقُ وَلَوْ بِامْرَأَتَيْنِ كَادِّعَائِهَا سِقْطًا رَأَيْنَ أَثَرَهُ.

متن الحطاب **الثامن:** قال فيه: وإذا قال لعبده إن أديت إلي اليوم مائة دينار فأنت حر فمضى اليوم ولم يؤد شيئا فلا بد له من التلوم. انتهى. والله أعلم.

ص: باب إن أقر السيد بوطء ولا يمين إن أنكر كان ادعى استبراء بحيضة ش: هذا الباب يسمى [كتاب[2031]] أمهات الأولاد، والأم في اللغة أصل الشيء، والجمع أمات، وأصل الأم أمهة، ولذلك يجمع على أمهات، وقيل الأمهات للناس وأمات للنعم، وأم الولد في اللغة عبارة عن كل من ولد لها ولد، وهو خاص في استعمال الفقهاء بالأمة التي ولدت من سيدها، وجرت عادة الفقهاء بترجمة هذا الباب بالجمع، ولعل سبب ذلك تنوع الولد الذي تحصل به الحرية فقد يكون تام الخلقة وقد لا يكون كذلك من مضغة وغيرها. عياض: ولأم الولد حكم الحرائر في ستة أوجه؛ وهي أنه لا خلاف أنهن لا يبعن في دين ولا غيره، ولا يرهنّ، ولا يوهبن، ولا يؤاجرن، ولا يسلمن في جناية، ولا يستسعين، وحكم العبيد في أربعة أوجه؛ انتزاع مالهن ما لم يمرض السيد، وإجبارهن على النكاح على القول به، واستخدامهن في الخفيف الذي لا يلزم الحرة، وكونهن [لسيدهن فيهن[2032]] الاستمتاع. انتهى من التوضيح.

تنبيه: قال في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجامع: قال ابن القاسم: بلغني أن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق وسالم بن عبد الله بن عمر بن الخطاب وعلي بن الحسين بن علي بن أبي طالب كانوا بني أمهات أولاد. قال ابن رشد: إنما ذكر هذا ليتبين أن هذا ليس مما يعاب به أحد وهو بين قال الله تعالى: ﴿ إن أكرمكم عند الله أتقاكم ﴾. انتهى. وقوله ولا يمين إن أنكر كأن ادعى استبراء.

356 قال في تهذيب الطالب: وسألت الشيخ أبا بكر بن عبد/ الرحمن عن الأمة تأتي بولد فينكره السيد ويدعي الاستبراء فلا يلحق به هل تحد فوقف عن [الحد،[2033]] وذكر أن الشيخ أبا الحسن وقف في ذلك. قال الشيخ أبو بكر: وهي شبهة تدفع الحد والمرأة قد تهرق الدم على الحمل والحد يسقط عنها عندي، وكذلك قال غيره من شيوخنا القرويين أنها شبهة تدفع الحد قال: ألا ترى أن عبد الملك يحلفه على ما ادعى من الاستبراء؟ قال: وأما لو أنكر أن يكون وطئها أصلا فهاهنا تحد؛ إذ لا أحد علمناه يقول إن عليه اليمين إذا كان يقول ما وطئها أصلا. انتهى.

مسألة: قال في رسم المكاتب من سماع يحيى من كتاب العتق في أمة أقرت بعد موت سيدها أنها أتت

الحديث ....

[2031] – في المطبوع باب وما بين المعقوفين من ن ذي ص355 ويحيى ص154 ويم ص128 وم ص113 ومايابى248.

[2032] – في المطبوع لسيدهن له وما بين المعقوفين من ن عدود ص355 ويحيى ص154 وم ص113 ويم ص128 ومايابى249.

[2033] – في المطبوع الحدود وما بين المعقوفين من ن ذي ص356 ويحيى ص154 ويم ص129 وم ص113 ومايابى249.

نص خليل

عَتَقَتْ مِنْ رَأسِ الْمَالِ وَوَلَدُهَا مِنْ غَيْرِهِ وَلاَ يَرُدُّهُ دَيْنٌ سَبَقَ كَاشْتِرَاءِ زَوْجَتِهِ حَامِلاً لاً بِوَلَدٍ سَبَقَ أَو وَّلَدٍ مِنْ وَطْءِ شُبْهَةٍ إلاَّ أَمَةَ مُكَاتَبِهِ أَوْ وَّلَدِهِ وَلاَ يَدْفَعُهُ عَزْلٌ أو وَّطْءٍ بِدُبُرٍ أَوْ فَخِذَيْنِ إِنْ أَنْـزَلَ وَجَـازَ إِجَارَتُهَا بِرِضَاهَا وَعِتْقٌ عَلَى مَالٍ وَلَهُ قَلِيلُ خِدْمَةٍ وَكَثِيرُهَا فِي وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ وَأَرْشُ جِنَايَةٍ عَلَيْهِمَا وَإِنْ مَّاتَ فَلِوَارِثِهِ وَالِاسْتِمْتَاعُ بِهَا وَانْتِزَاعُ مَالِهَا مَا لَمْ يَمْرَضْ وَكُرِهَ لَهُ تَزْوِيجُهَا وَإِنْ بِرِضَاهَا.

متن الحطاب

بهذا الولد من فاحشة، وقامت بينة أن السيد كان أقر بوطئها فإن الولد يلحق به، وإقرارها بالزنى لا ينفيه عن والده ولا يوجب إقرارها ملكها، بل هي حرة من رأس المال. والله أعلم.

ص: **عتقت من رأس ماله** ش: قال الجزولي: أنظر إذا تركها حاملا هل تعتق في الحال، أو تنتظر حتى تضع؛ إذ قد ينفش الحمل؟ قولان المشهور تعتق في الحال وعليه اختلف في نفقتها فقيل في التركة، وقيل على نفسها، وعلى القول الآخر نفقتها في التركة. انتهى. وانظر المسألة في أول سماع أشهب من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد، وفي رسم سعد من سماع ابن القاسم من طلاق السنة فإنه صرح فيه بأن المشهور أنها حرة بتبين الحمل وأنه لا نفقة لها ولا سكنى، وكذلك أم الولد إذا مات سيدها وهي حامل فلا نفقة لها ولا سكنى على المشهور فانظره.

ص: **كاشتراء زوجته حاملا** ش: هذا هو المشهور يريد إذا لم تكن ملكا لمن يعتق عليه ولدها كأبيه ونحوه فإن كانت لم تكن بذلك أم ولد بلا خلاف. قاله في التوضيح أما إن أعتق البائع ولدها ففي ذلك قولان، وانظر المسألة في ابن يونس، واقتصر في التوضيح على أنها تكون به أم ولد. قال: ومن تزوج أمة والده فمات فورثها وهي حامل؛ فإن كان حملا ظاهرا أو لم يكن ظاهرا ووضعته لأقل من ستة أشهر لم تكن به أم ولد؛ لأنه عتق على [جده،[2034]] وإن وضعته لستة أشهر فأكثر فهي به أم ولد. [انتهى./[2035]] 357

ص: **ولا يدفعه عزل أو وطء بدبر أو فخذين إن أنزل** ش: يعني أن الولد لا يندفع عنه بقوله كنت أعزل إذا أقر أنه كان ينزل ولا يندفع عنه بأنه كان يأتيها في دبرها إذا أقر بالانزال، ولا يندفع بالوطء بين الفخذين [إذا أقر بالانزال[2036]] أيضا، فقوله: "إن أنزل" قيد في المسائل الثلاث. قال في سماع [موسى[2037]] بن معاوية من ابن القاسم من كتاب الاستبراء وأمهات الأولاد: قال ابن القاسم من زعم أنه وطىء جاريته وأنه يعزل فأتت بولد فإنها أم ولده إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن القاسم: ومن زعم أنه [كان[2038]] يطأ جاريته ولا ينزل فأتت بولد [فإنه لا[2039]] يلحقه ولا

الحديث ....

[2034] – في المطبوع حدة وما بين المعقوفين من ن عدود ص356 ويحيى ص154 وم ص113 ويم ص129 ومايابى249.

[2035] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص356 وم113 ويم150 ويحيى497.

[2036] – في المطبوع ومايابى249 أقر بالإنزال وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص113 ويم ص129.

[2037] – في المطبوع ومايابى249 عيسى وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص113 ويم ص129.

[2038] – في المطبوع لا وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص113 ويم ص129 ومايابى249.

[2039] – في المطبوع فلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص114 ويم ص129 ومايابى249.

نص خليل ....

متن الحطاب تكون أم ولد [لأنه[2040]] إن زعم أنه كان يفضي وينزل ويعزل، فالعزل قد يخطىء ويصيب، ولذلك ألزمه الولد، وإذا قال كنت أطأ ولا أنزل فإنه ليس هاهنا موضع خوف في أن يكون قد أفضى [فيها فلذلك[2041]] لم يلزمه الولد. ابن رشد: هذا بين لأن الولد إنما يكون من الماء الدافق قال الله عز وجل: ﴿ فلينظر الإنسان مم خلق خلق من ماء دافق ﴾ فإذا لم ينزل أصلا علم أنه لم يكن ما يكون عنه الولد فوجب أن لا يلزمه، وإذا وطىء وأنزل فعزل الماء عن الموطوءة وأنزل خارجا منها احتمل أن يكون لم يعزله بجملته وسبقه شيء كان عنه الولد، فوجب أن يلزمه لأنها صارت فراشا له بوطئه إياها، فوجب أن يلحق به حتى يوقن أنه ليس منه وقوله صلى الله عليه وسلم في حديث العزل: {ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة[1]} إخبار أن الولد قد يكون مع العزل إذا شاء الله أن يكون.

وقال في آخر كتاب الاستبراء من المدونة: ومن قال كنت أطأ أمتي ولا أنزل فيها فإن الولد يلحقه ولا ينفعه أن يقول كنت أعزل [عنها[2042]] فذهب بعض الناس إلى أن ذلك خلاف رواية موسى هذه في قوله فيها إنه من قال كنت أطأ ولا أنزل أن الولد لا يلحقه، ومنهم من قال كنت أعزل وليس شيء من ذلك كله بصحيح؛ لأن في قوله ولا أنزل فيها دليل على أنه كان ينزل خارجا عنها، وهذا هو العزل بعينه فعنه سأله وعليه أجابه، فلا خلاف في رواية موسى لما في المدونة وهي مفسرة لها. انتهى. قال الشيخ أبو الحسن في شرح قوله في المدونة في أول كتاب أمهات الأولاد: ومن أقر بوطء أمته ولم يدع الاستبراء لزمه ما أتت به من ولد لأقصى ما تلد النساء له إلا أن يدعي الاستبراء بحيضة.

قال: قوله ومن أقر بوطء أمته يريد الوطء التام، وأما إن قال كنت لا أنزل كان القول قوله ويحلف وإن قال كنت أعزل لحق به. انتهى. وقال في التوضيح بعد أن نقل الكلام على العزل: قال ابن القاسم: ولو قال كنت أطأ ولا أنزل لم ألزمه الولد. انتهى. وأما مسألة الوطء في الدبر فلا بد من اشتراط الإنزال فيها لأنه إذا اشترط في القبل فأحرى هو، وأما مسألة الوطء بين

الحديث 1- ما عليكم أن لا تفعلوا ما من نسمة كائنة إلى يوم القيامة إلا وهي كائنة، البخاري، الجامع الصحيح، كتاب العتق، رقم الحديث 2542.

2040 – في المطبوع إلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص114 ويم ص129 ومايابى249.

2041 – في المطبوع فيها بالعزل وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص154 وم ص114 ويم ص129 ومايابى249.

2042 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص155 وم ص114 ويم ص129 ومايابى250.

نص خليل وَمُصِيبَتُهَا إنْ بِيعَتْ مِنْ بَائِعِهَا وَرُدَّ عِتْقُهَا وَفُدِيَتْ إنْ جَنَتْ.

متن الحطاب الفخذين فنص [عليها[2043]] في آخر كتاب الاستبراء من المدونة، ونصه: إن قال البائع كنت أفخذ ولا أنزل وولدها ليس مني لم يلزمه. قال أبو الحسن: قال عياض: لأنه لو قدرنا هنا إنزالا بين الفخذين فهو يسير ولا يصل ليسارته للفرج، بخلاف لو [أنزل[2044]] هناك ماءه كله أو كثيرا منه فهذا يخشى أن يسري إلى الفرج. قال ابن المواز: كل وطء في موضع إن أنزل عنه وصل إلى الفرج لحق به الولد. قال الشيخ أبو الحسن: جعلها عياض على ثلاثة أوجه إن كان وطؤه وإنزاله في الأعكان وغير ذلك من جسدها مما يتحقق أنه لا يصل إلى الفرج منه فهذا لا يلحق به عندهم ولد. انتهى. الثاني أن يكون بين الفخذين وقد تقدم. الثالث أن يكون بين الشفرين فهذا لم يختلف فيه في لحوق الولد منه، وكذلك اختلف في إلحاقه من الوطء في الدبر. انتهى. ثم قال في مسألة العزل: وقد نزل هذا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال الرجل كنت أعزل، فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم: {إن الوكاء ينفلت} وألحق به الولد. قال عياض: الوكاء بكسر الواو ممدود استعارة وتشبيه بخروج الماء في الفرج قبل العزل، والوكاء الخيط الذي يشد به فم القربة. انتهى.

ص: ومصيبتها إن [بيعت من بائعها[2045]] ورد عتقها ش: قال في التوضيح: وإذا صح رد العتق فأحرى/ الكتابة والتدبير، وكذلك لا يفيتها إيلاد المشتري، وإن كان عالما أنها أم ولد للبائع غرم قيمة الولد، واختلف إذا غره وكتمه أنها أم ولد فقال ابن الماجشون عليه قيمة الولد، وقال مطرف لا شيء عليه لأنه أباحه إياها. اللخمي: وهو أحسن. انتهى. وفي الشامل: فإن [أولدها[2046]] المبتاع لحقه الولد ولا قيمة فيه، بخلاف ما لو بيعت بغير رضا البائع، وهل يقوم عبدا أو على الترقب؟ قولان، ولو زوجها المبتاع لعبده ردت مع ولدها على الأصح. انتهى. 358

فرع: قال في التوضيح: إذا فسخ البيع فظاهر المذهب لا شيء على البائع بما أنفقه المشتري ولا من قيمة خدمته، وقال سحنون يرجع عليه بالنفقة يريد ورجع هو بالخدمة. قاله اللخمي. وإذا نقض البيع تحفظ من البائع لئلا يعود ولا يمكن من السفر بها، وإن خيف عليها ولم [يمكن التحفظ[2047]] منه أعتقت عليه. انتهى.

فرع: وإن غاب المشتري ولم يعلم مكانه تصدق بالثمن. قاله في التوضيح.

فرع: قال في التوضيح: وهذا إذا باعها [لا بشرط[2048]] الحرية والعتق، فإن باعها على أنها حرة

الحديث ....

2043 – في المطبوع عليهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويحيى ص155 وم ص114 ويم ص129 ومايابى250.

2044 *– وفي يم نزل عنه.

2045 – في المطبوع ومايابى250 ويحيى ص155 وم ص114 عتقت من بائعها وما بين المعقوفين من ن عدود ص357 ويم ص129.

2046 – في المطبوع ولدها وما بين المعقوفين من ن عدود ص358 ويحيى ص155 وم ص114 ويم ص129 ومايابى250.

2047 – في المطبوع يمكن من التحفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص358 ويحيى ص155 وم ص114 ويم ص129 ومايابى250.

2048 *– في المطبوع لا يشترط وما بين المعقوفين من سيد47 ويحيى498 ويم150 وم114 ومايابى251.

نص خليل

بِأَقَلِّ الْقِيمَةِ يَوْمَ الْحُكْمِ وَالْأَرْشِ وَإِنْ قَالَ فِي مَرَضِهِ وَلَدَتْ مِنِّي وَلاَ وَلَدَ لَهَا صُدِّقَ إِنْ وَرِثَهُ وَلَدٌ وَإِنْ أَقَرَّ مَرِيضٌ بِإِيلاَدٍ أَوْ تَعْتِقَ فِي صِحَّتِهِ لَمْ تُعْتَقْ مِنْ ثُلُثٍ وَلاَ مِنْ رَأْسِ مَالٍ وَإِنْ وَطِئَ شَرِيكٌ فَحَمَلَتْ غَرِمَ نَصِيبَ الْآخَرِ فَإِنْ أَعْسَرَ خُيِّرَ فِي اتِّبَاعِهِ بِالْقِيمَةِ يَوْمَ الْوَطْءِ أَوْ بَيْعِهَا لِذَلِكَ وَتَبِعَهُ بِمَا بَقِيَ وَبِنِصْفِ قِيمَةِ الْوَلَدِ وَإِنْ وَطِئَاهَا بِطُهْرٍ فَالْقَافَةُ وَلَوْ كَانَ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا.

متن الحطاب

فقال أصبغ لا ترد وولاؤها لسيدها ويسوغ له الثمن كما لو أخذ مالا على أن يعتقها ولو باعها على أن يعتقها المبتاع على أنها حرة ساعتئذ فهذه ترد ما لم تفت بالعتق فيمضي عتقها والولاء للبائع ويسوغ له الثمن؛ لأن المبتاع علم أنها أم ولد وشرط فيها العتق فكأنه فكاكه ولو لم يعلم أنها أم ولد لرجع بالثمن. انتهى.

ص: بأقل القيمة يوم الحكم والأرش ش: أي قيمتها على أنها أمة. قاله [في التوضيح. وهو في][2049] المدونة في كتاب الجنايات، ونصه: قال مالك: أحسن ما سمعت في جناية أم الولد أن يلزم السيد الأقل من أرش جنايتها أو من قيمتها أمة يوم الحكم زادت قيمتها أو نقصت وذلك عوض من إسلامها لما لم يكن سبيل إلى رقها، وكذلك ما استهلكت وأفسدت بيدها أو دابتها أو بحفر [حفرة[2050]] حيث لا ينبغي لها أو اغتصبت أو اختلست؛ لأن هذه كلها جنايات وعلى السيد فيها الأقل كما ذكرنا. انتهى. وقاله في التوضيح.

ص: وإن [وطئاها[2051]] بطهر فالقافة ش: هذا إذا [وطئا[2052]] الأمة بملك اليمين فإن كان بملك اليمين وبالنكاح فلا يخلو إما أن يكون النكاح سابقا أو ملك اليمين سابقا، فإن كان ملك اليمين سابقا كما إذا وطىء أمته ثم زوجها قبل أن يدعي الاستبراء، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وطء الزوج فإن الولد لا يلحق به ويلحق بالسيد إلا أن يدعي الاستبراء أي وينفي الولد، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر فاختلف في ذلك فقيل تدعى له القافة. قال اللخمي: وهو قول مالك، وروي عن ابن القاسم، وقال مالك هو للزوج، وقال محمد بن مسلمة هو للأول؛ لأن وطأه صحيح، والثاني فاسد، وقال الرجراجي إن الأول هو المشهور، وأما إن تقدم الوطء بالنكاح على الوطء بالملك فالولد للزوج ولا ينفيه إلا بلعان. قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال اللخمي: وكذلك لو تقدم الوطء بالملك وكان النكاح بعد الاستبراء فالولد للزوج.انظره.

فرع: قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: قال مالك في رجل زوج أمته عبده أو أجنبيا ثم وطئها السيد فأتت بولد فالولد للزوج إلا أن يكون الزوج معزولا عنها مدة في مثلها براءة للرحم فإنه يلحق

الحديث

....

[2049] – ساقطة من المطبوع ويم150 ويحيى498 وم114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص358 ومايابى251.

[2050] – في المطبوع حفره وما بين المعقوفين من ن عدود ص358 ويحيى ص155 وم ص114 ويم ص129 ومايابى251.

[2051] – في المطبوع ومايابى251 وطئها ويحيى ص155 وم ص114 وما بين المعقوفين من ن عدود ص358 ويم ص129.

[2052] *– في المطبوع وطئ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم. وهو الذي في سيد47.

نص خليل فَإِنْ أَشْرَكَتْهُمَا فَمُسْلِمٌ وَوَالَى إِذَا بَلَغَ أَحَدَهُمَا كَأَنْ لَّمْ تُوجَدْ وَوَرِثَاهُ إِنْ مَّاتَ أَوَّلاً وَحَرُمَتْ عَلَى مُرْتَدٍّ أُمُّ وَلَدِهِ حَتَّى يُسْلِمَ وَوُقِفَتْ كَمُدَبَّرِهِ إِنْ فَرَّ لِدَارِ الْحَرْبِ وَلاَ تَجُوزُ كِتَابَتُهَا وَعَتَقَتْ إِنْ أَدَّتْ.

متن الحطاب بالسيد لأنها أمته ولا يحد، وكذلك الجواب إن أتت بولد لستة أشهر من يوم زوجها فأكثر فادعاه السيد،/ أو أتت به لأقل من ستة أشهر وقد دخل بها زوجها فسد نكاحه ولحق الولد بالسيد إن أقر بالوطء إلا أن يدعي الاستبراء. قال ابن يونس: قوله معزولا عنها في مدة في مثلها براءة للرحم. قال أصبغ: وذلك حيضة أو قدرها. قال ابن المواز: ولقد نزلت فأفتى فيها وأنا حاضر إن كان زوجها معزولا عنها قدر الشهر ونحوه فإنه يلحق بالسيد ولا يحد، ويؤدب إن لم يعذر بجهل، وترد المرأة إلى زوجها إذا وضعت، فإذا مات سيدها عتقت. انتهى.

359

ص: **فإن اشركتهما فمسلم ووالي إذا بلغ أحدهما كأن لم توجد وورثاه إن مات أولا** ش: قوله فمسلم أي يحكم للولد بحكم الإسلام حتى يبلغ فيوالي أيهما شاء فأي من والاه لحق به ولكنه لا يكون إلا مسلما. انظر اللخمي والمدونة وأبا الحسن الصغير، وتقدم في باب الاستلحاق عن البرزلي في مسائل النكاح أنه إذا فرض عدم القافة فإنه إذا كبر الولد والى أيهما شاء فمن والاه لحق به ولا يكون إلا مسلما بمنزلة ما إذا أشكل الأمر، فإن مات قبل ذلك ورثاه وإن ماتا ورثهما معا. اهـ. وهو معنى قول المصنف: "كأن لم توجد وورثاه إن مات أولا. والله أعلم. وقال ابن عرفة: الصقلي إن لم توجد القافة بعد الاجتهاد في طلبها ترك الولد إلى بلوغه يوالي من شاء كما لو قالت القافة اشتركا فيه أو ليس هو لأحد منهما، وقال بعض علمائنا وهو أولى من قول من قال يبقى موقوفا حتى توجد القافة. سحنون: إن قالت القافة ليس لواحد منهما دعي له آخرون ثم آخرون كذا أبدا؛ لأن القافة إنما دعيت لتلحق لا لتنفي.انتهى.

ص: **ولا تجوز كتابتها وعتقت إن أدت** ش: يعني أنه لا يجوز لسيد أم الولد أن يكاتبها قال في كتاب أمهات الأولاد من المدونة: وليس للرجل أن يكاتب أم ولده، وإنما يجوز له أن يعتقها على مال يتعجله منها، فإن كاتبها فسخت الكتابة إلا أن تفوت بالأداء [فتعتق[2053]] ولا ترجع فيما أدت [إذ[2054]] كان للسيد انتزاع مالها ما لم يمرض. انتهى. فظاهر المدونة أنه لا تجوز كتابتها مطلقا برضاها أو بغير رضاها. قال أبو الحسن الصغير: وعليه حملها عبد الحق فقال إن قيل لم لا تجوز كتابة أم الولد برضاها وهي طائعة بمال إن أدت في حياة سيدها عتقت، وإن لم تؤد كانت على حالها أم ولد تعتق بالموت؟ قال: لأنها معاوضة بينها وبين سيدها فيها غرر. انتهى. وحملها اللخمي على أن المنع إذا لم يكن برضاها، وأما برضاها فيجوز، وعلى ذلك مشى صاحب اللباب، وجعله كأنه المذهب، وانظر كلام اللخمي في تبصرته، وقال في التوضيح: ومنع في المدونة كتابتها، لكن ذلك محمول عند الأشياخ على ما إذا لم ترض، أما لو رضيت فيجوز كالإجارة. انتهى.

الحديث ....

[2053] – في المطبوع فيعتق وما بين المعقوفين من ن عدود ص359 ويحيى ص156 وم ص115 ويم ص151 ومايابى252.

[2054] – في المطبوع ومايابى252 إذا وما بين المعقوفين من ن عدود ص359 ويحيى ص156 وم ص115 ويم ص130.

نص خليل

فصل الْوَلاَءُ لِمُعْتِقٍ وَإِنْ بِبَيْعٍ مِنْ نَفْسِهِ أَوْ عِتْقِ غَيْرٍ عَنْهُ بلاَ إذْنٍ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ سَيِّدُهُ بِعِتْقِهِ حَتَّى عَتَقَ إلاَّ كَافِرًا أَعْتَقَ مُسْلِمًا وَرَقِيقًا إنْ كَانَ يُنْتَزَعُ مَالُهُ.

متن الحطاب

ص: **باب الولاء لمعتق** ش: الولاء بفتح الواو ممدود من الولاية بالفتح بمعنى القرب، وأصله من الولى، وأما من الولاية والتقديم فبكسر الواو، وقيل بالوجهين فيهما.

ص: **إن لم يعلم السيد بعتقه حتى عتق** ش: يعني أن العبد إذا أعتق في حال رقه ولم يعلم بذلك سيده حتى عتق العبد فإن الولاء للعبد؛ يريد إذا لم يستثن السيد ماله حين العتق؛ لأن عتق العبد حين رقه موقوف والعبد [المعتق[2055]] من جملة ماله، فإذا لم يستثن السيد ماله تبعه ولزم العتق

360

الذي فعله في حال رقه، فإن استثنى السيد ماله/ فالعبد من جملة المال وهو رق للسيد، وكذلك لو علم السيد بعتقه قبل أن يعتقه فرده بطل عتقه وصار العبد رقيقا، فإن استثنى السيد ماله فهو له، وإن لم يستثن ماله كان رقيقا للعبد ولا يلزمه عتقه في حال الرق إذا أبطله السيد، وإن علم السيد بالعتق وأجازه مضى وكان الولاء للسيد، فإن علم فلم يرد ولم يمض حتى عتق العبد فقال ابن المواز مضى ذلك وكان الولاء للعبد. ابن المواز: لأن العبد عند مالك أفعاله على الجواز حتى يردها السيد فلا يبطلها إلا رده إفصاحا، وليس سكوته في ذلك إذنا ولا ردا فحين أعتقه تبعه ماله فجاز عتقه وكان الولاء له. انتهى. وقال في الشامل: ولو علم به فلم يرد حتى أعتقه فالولاء له، وقيل للسيد. انتهى. ونقل القولين في التوضيح، وعزا الأول لابن المواز، والثاني لابن الماجشون. انتهى.

فرع: قال في أول كتاب الولاء من المدونة: فإن أعتقت عبدك عن عبد رجل فالولاء للرجل ولا يجره عبده إن أعتق، كعبد أعتق عبده بإذن سيده ثم أعتقه سيده بعد ذلك أنه لا يجر الولاء، وقال أشهب يرجع إليه الولاء لأنه يوم عقد عتقه لا إذن للسيد فيه ولا [رد[2056]]. ابن يونس: وهو أحسن. انتهى.

ص: **إلا كافرا أعتق مسلما** ش: أي فإنه لا ولاء عليه ولو أسلم السيد بعد ذلك، واحترز بقوله: "أعتق مسلما" مما لو أعتق كافرا فإن الولاء له عليه، فإن أسلم العبد المعتق لم يرثه سيده وكان الولاء لعصبة سيده من المسلمين إن كان له عصبة، وإلا فلبيت المال، فإن أسلم سيده بعد ذلك عاد الولاء له، [وقاله[2057]] في المدونة وغيرها، وهو معنى قول المصنف: "وإن أسلم العبد عاد الولاء بإسلام السيد" أي وإن أسلم العبد الكافر الذي أعتقه الكافر في حال كفره فإن سيده لا يرثه؛ لأن الكافر لا يرث المسلم، فإن أسلم السيد عاد إليه الولاء.

ص: **ورقيقا إن كان ينتزع ماله** ش: يعني أن الرقيق إذا أعتق لا يكون عتقه سببا للولاء إذا كان الرقيق ممن ينتزع ماله كالقن والمدبر وأم الولد إذا لم يمرض السيد والمعتق إلى أجل إذا لم يقرب الأجل ويريد إذا كان العتق بإذن السيد أو علم به وأجازه، وأما إذا لم يعلم بذلك حتى عتق العبد المعتق أو علم ولم يرد ولم يمض حتى عتق العبد المعتق فإن الولاء له كما تقدم، واحترز بذلك من المكاتب والمعتق بعضه وأم الولد والمدبر إذا [أعتقوا[2058]] في مرض السيد والمعتق إلى أجل إذا أعتق قرب الأجل فإن

الحديث

....

2055 *- في المطبوع المعتوق وما بين المعقوفين من يحيى499 وسيد48.

2056 - في المطبوع يرد وما بين المعقوفين من يم151 ومايابى252 والتهذيب، ج2 ص616.

2057 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من سيد48.

2058 *- في مايابى253 وسيد42 أعتقا.

نص خليل وَعَنِ الْمُسْلِمِينَ الْوَلاَءُ لَهُمْ كَسَائِبَةٍ وَكُرِهَ وَإِنْ أَسْلَمَ الْعَبْدُ عَادَ الْوَلاَءُ بِإِسْلاَمِ السَّيِّدِ وَجَرَّ وَلَدَ الْمُعْتَقِ كَأَوْلاَدِ الْمُعْتَقَةِ.

متن الحطاب هؤلاء إذا أعتقوا بإذن السيد [أو[2059]] علم السيد بذلك وأجازه ثم أعتقوا فإن الولاء لهم، فإن لم يعلم بذلك حتى أعتقوا أو علم ولم يرد ولم يمض فالولاء لهم من باب أولى. ابن يونس: قال ابن المواز: أصل مالك وابن القاسم أن كل من للرجل انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذنه له وأما من ليس له انتزاع ماله فولاء من أعتق بإذن السيد راجع إليه إن عتق. انتهى. وحكى في [المدبر وأم الولد[2060]] يعتقان في مرض السيد ثلاثة أقوال: الأول لأصبغ الولاء لهما وإن صح السيد لأنهما أعتقا في وقت ليس للسيد انتزاع مالهما فيه، والثاني الولاء للسيد، وإن مات من مرضه ذلك، واختاره ابن عبد الحكم قال: وكذلك المعتق بعضه. ابن المواز: وقاله أشهب في المعتق بعضه فقيل له ألا تراه كالمكاتب؛ لأنه ممن لا ينتزع ماله؟ فقال له للمكاتب سنة وللعبد سنة. قال ابن المواز: فلم [تبق[2061]] له حجة أكثر من هذا. قال ابن القاسم: ولاء من أعتقه المعتق بعضه للعبد وهو الصواب، وما روي عن ابن القاسم غير هذا فغلط، وإنما هو عن أشهب. انتهى. والقول الثالث في المدبر وأم الولد إذا أعتقا في مرض السيد لابن المواز أنه يوقف، فإن مات السيد كان الولاء لهما، وإن صح فله. انتهى.

ص: **وعن المسلمين الولاء لهم** ش: مسألة: قال الفاكهاني في شرح العمدة في كتاب الشروط في البيوع: لو قال أنت حر ولا ولاء لي عليك فقال ابن القصار الولاء للمسلمين ونزل منزلة قوله أنت/ حر عن المسلمين. قال الإمام: وكان بعض شيوخنا يخالفه في هذا ويرى أن بقوله أنت حر استقر الولاء له واستئنافه بعد ذلك جملة ثانية في قوله لا ولاء لي عليك لا يغير حكم الجملة الأولى لأنه إخبار عن حكم الجملة الأولى المستقرة بالشرع على خلاف ما حكم الله به فيكون إخباره كذبا وفتواه باطلة، والكذب والباطل لا يلتفت إليه، ولا يعول في مثل هذه الأحكام عليه. انتهى. 361

ص: **وجر ولد المعتق** ش: يعني أن من أعتق عبدا فإن ذلك العتق يجر ولاء ولد ذلك العبد المعتق للمعتق بكسر التاء، وسواء كانت أمهم حرة أو معتقة، قال في كتاب الولاء من المدونة: وكل حرة من العرب أو معتقة تزوجها حر عليه ولاء فإنه يجر ولاء ولده منها إلى مواليه، ويرث ولده من كان يرث الأب إن كان الأب قد مات.انتهى من ترجمة العبد يشترى من مال الزكاة. وذكر ابن يونس عن الموازية أنه لا يرثه، وأن ميراثه لبيت المال إن كانت الأم عربية ولمواليها إن كانت معتقة. ثم قال في [المدونة[2062]]: وإذا تزوجت الحرة عبدا فولدت منه أولادا كان [ولاء[2063]] الأولاد لموالي الأم ما دام الأب عبدا، فإن عتق جر ولاءهم لمعتقه وهو كولد الملاعنة [ينتسب[2064]] إلى موالي أمه فهم يرثونه ويعقلون عنه ثم إن اعترف به أبوه حد ولحق به وصار ولاؤه إلى موالي أبيه وعقله عليهم، وكذلك لو كان لولد العبد من الحرة جد أو جد جد حر قد عتق قبل الأب لجر ولاءهم إلى معتقه. انتهى. قال

الحديث ....

[2059] - في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن ذي ص360 ويحيى ص156 وم ص115 ويم ص130 ومايابى253.

[2060] - في المطبوع الولد والمدبرة وما بين المعقوفين من مايابى253 وسيد48.

[2061] *- في يم151 ومايابى253 وسيد48 فلم يكن له حجة.

[2062] - في المطبوع الموازية وما بين المعقوفين من مايابى253 وسيد48 ويم151.

[2063] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 ويحيى ص157 وم ص115 ويم ص130 ومايابى253.

[2064] - في المطبوع ينسب وما بين المعقوفين من ن ذي ص361 وم115 ويم151.

نص خليل

إن لَّمْ يَكُن لَّهُمْ نَسَبٌ مِنْ حُرٍّ إلاَّ لِرِقٍّ أَوْ عِتْقٍ لآخَرَ وَمُعْتَقَهُمَا وَإِنْ أَعْتَقَ الأَبُ أو اسْتَلْحَقَ رَجَعَ الْوَلاَءُ لِمُعْتِقِهِ مِنْ مُعْتِقِ الْجَدِّ وَالأُمِّ وَالْقَوْلُ لِمُعْتِقِ الأَبِ لاَ لِمُعْتِقِهَا إلاَّ أَنْ تَضَعَ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عِتْقِهَا وَإِنْ شَهِدَ وَاحِدٌ بِالْوَلاَءِ أو اثْنَانِ بِأَنَّهُمَا لَمْ يَزَالاَ يَسْمَعَانِ أَنَّهُ مَوْلاَهُ أو ابْنُ عَمِّهِ لَمْ يَثْبُتْ لَكِنَّهُ يَحْلِفُ وَيَأْخُذُ الْمَالَ بَعْدَ الاِسْتِينَاءِ.

متن الحطاب

أبو الحسن: فإذا عتق العبد رجع الولاء إلى مواليه من موالي معتق الجد. انتهى. وهذا معنى قول المصنف فيما سيأتي: "وإن عتق الأب أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم" وقوله في المدونة: وكان الولاء لموالي الأم هذا إذا كانت الأم [معتقة[2065]] فإن كانت حرة كان ميراثه لبيت المال حتى يعتق الأب فإن مات مملوكا كان ميراث الولد لبيت المال كما يفهم من المدونة إذ لا ولاء عليه، وانظر شرح الحوفي [للعقباني.[2066]]

تنبيه: ظاهر كلام المدونة أن أولياء معتق الأب والجد يجرون الولاء من أولياء الأم ولو كان أولياؤهما نسوة وهو كذلك كما نص عليه في النوادر في ترجمة جر الولاء.

ص: [إن[2067]] **لم يكن لهم نسب من حر** ش: بأن يكون أبوهم عبدا أو يكونوا من زنا أو من أب لا عن أو يكون الأب حربيا بدار الحرب.

ص: **وإن أعتق العبد أو استلحق رجع الولاء إلى معتقه من معتق الجد والأم** ش: قال ابن

362

الحاجب: ومعتق/ الأب أولى من معتق الأم والجد. قال في التوضيح: الأولوية بمعنى التقديم وفي الموطإ أن الزبير اشترى عبدا فأعتقه ولذلك العبد بنون من امرأة حرة، فلما أعتقه الزبير قال هم موالي وقال موالي أمهم هم موالينا فاختصموا إلى عثمان فقضى للزبير [بولائهم،[2068]] وكان ينبغي للمصنف أن يبين أن معتق الجد أولى من معتق الأم، إلا أن يقال إنه اكتفى عن ذلك بقوله أولا: "وليس لهم نسب من حر"، وعلى هذه القاعدة تتفرع هذه المسألة التي ذكرها المصنف، وكذلك فعل ابن الحاجب، فإذا كانت الأم معتقة وكان الأب والجد رقيقين فالولاء لمعتق الأم؛ لأنه يصدق عليه أنه ليس له نسب من حر، فإن عتق الجد رجع الولاء لمعتقه، فإن عتق الأب رجع الولاء إلى مواليه، وكذلك إذا كان الأب [معتقا[2069]] ولا عن الأم وهي [معتقة[2070]] فإن نسبه قد انقطع باللعان فيكون الولاء لمعتق الأم، فإن استلحق الولد عاد الولاء لمعتق الأب. والله أعلم.

ص: **لم يثبت** ش: أي لم يثبت النسب ولا الولاء بشهادة الواحد ولا شهادة السماع، أما عدم ثبوت

الحديث

....

[2065] *- في المطبوع معتوقة وما بين المعقوفين من يحيى500 ويم151.

[2066] – في المطبوع للقعباني وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 (ويحيى ص157 الحوفي والعقباني) وم ص115 ويم ص130 ومايابى253 (للعتابي).

[2067] – في المطبوع و وما بين المعقوفين من ن عدود ص361 ويحيى ص157 وم ص115 ويم ص131 ومايابى253.

[2068] – في المطبوع بولايتهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ويم ص131 ومايابى254.

[2069] – في المطبوع ومايابى254 معتوقا وم ص116 ويم ص131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157.

[2070] – في المطبوع ومايابى254 معتوقة وم ص116 ويم ص131 وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157.

نص خليل وَقُدِّمَ عَاصِبُ النَّسَبِ ثمَّ الْمُعْتِقُ.

متن الحطاب ذلك بشهادة الواحد فهو المذهب، وأما عدم ثبوت ذلك بشهادة السماع فقال في التوضيح هو مذهب المدونة، وبه أخذ أصبغ. ابن المواز: ولا يعجبني وأكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى له بالسماع [بالولاء[2071]] والنسب. ثم قال في التوضيح: فإن قيل ما ذكره المصنف معارض لما قاله في الشهادة، والمشهور جريها في النكاح والولاء والنسب؛ لأن قوله جريها يقتضي أن الولاء يثبت [بها[2072]] وتشبيهه هنا [بالشاهد[2073]] يدل على أنه لا يثبت بها، ألا ترى أنه قد نص على أنه لا يثبت بالشاهد إلا أن يقال لا يلزم من الجري الثبوت بل يصدق بأخذ المال أو يكون ما قدمه؛ يعني هنا ليس هو المشهور لقول ابن المواز أكثر قول مالك وابن القاسم وأشهب أنه يقضى [له[2074]] بالسماع [بالولاء[2075]] والنسب أو يقيد قوله جريها في النكاح والولاء والنسب بما إذا مات في غير بلده كما أشار إليه بعض القرويين أو يقال معنى ما في الشهادات إذا كان السماع فاشيا وليس هنا كذلك. انتهى. وقال ابن رشد في نوازله في مسائل الدعوى: وأما شهادة السماع الفاشي بالنسب إذا لم يكن مشتهرا عند الشاهد اشتهارا يوجب له العلم فلا يثبت به النسب مع حياة الأب وإنكاره على حال، وإنما يختلف في ذلك بعد الموت على ثلاثة أقوال: أحدها أن يكون له المال [ولا[2076]] يثبت له النسب، وهو مذهب ابن القاسم، والثاني يثبت له النسب والمال، والثالث لا يثبتان انتهى.

ص: وقدم عاصب النسب ش:

فرع: قال في المدونة: وللمرأة الحرة ولاء من أعتقت وعقل ما جره مواليها على قومها ومواريثهم لها فإن [ماتت[2077]] فهو لولدها الذكور، فإن لم يكن لها ولد ذكور [فذلك[2078]] لذكور ولد ولدها الذكور دون الإناث وينتمي مولاها إلى قومها كما كانت هي تنتمي فإذا انقرض ولد ولدها رجع ميراث مواليها لعصبتها الذين هم [أقعد[2079]] بها يوم يموت الموالي دون عصبة الولد، وقاله عدة من الصحابة والتابعين انتهى. وهذا مذهب الشافعي وأبي حنيفة وأصح الروايتين عن أحمد، وقد أطال [الماريني[2080]] في شرح كشف الغوامض في ذلك. [وذكره[2081]] أبو داود في سننه في آخر باب الفرائض عن الصحابة، وقال ابن بكير لا شيء لولدها من مواليها. نقله العقباني في شرح الحوفي، ونقله ابن عرفة في مختصره للحوفي.

الحديث ....

2071 – في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ويم131 ومايابى254.

2072 *– في المطبوع به وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم ومايابى254 وم116.

2073 – في المطبوع بالشاهدين وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157 ومايابى254.

2074 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايابى254 وسيد48.

2075 – في المطبوع والولاء وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ويم131 ومايابى254.

2076 – في المطبوع ولم وما بين المعقوفين من ن ذي ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ويم ص131 ومايابى254.

2077 – في المطبوع مات وما بين المعقوفين من ن ذي ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ويم ص131 ومايابى254.

2078 – في المطبوع فذاك وما بين المعقوفين من مايابى254 ويم152 وسيد48.

2079 – في المطبوع أعقل وما بين المعقوفين من ن عدود ص362 ويحيى ص157 ويم131 ومايابى254.

2080 *– في المطبوع الماورديني وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وم116.

2081 *– في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من يم152 وم116.

نص خليل ثمَّ عَصَبَتُهُ كَالصَّلاَةِ ثمَّ مُعْتِقُ مُعْتِقِهِ وَلاَ تَرِثُه أنْثَى إن لَّمْ تُبَاشِرْهُ بِعِتْقٍ.

متن الحطاب ص: ثم [عصبته[2082]] ش:

فرع: قال في المدونة: ولا يرث الأخ للأم من الولاء شيئا فإن لم يترك الميت غيره فالعصبة أولى إلا أن يكون من العصبة فيرث معهم. قال ابن يونس: مثل أن يترك الهالك ابني عم وموالي وأحدهما أخ لأم فيكون الولاء بينهما نصفين ببنوة العم وتسقط الولادة للأم. ابن المواز: قال أشهب: بل يكون الأخ للأم أولى بالولاء؛ لأنه أقعد بالرحم كما لو ترك الهالك أخا شقيقا وأخا لأب فإن الميراث للأخ الشقيق، 363 وكما لو ترك ابن عم شقيق وابن عم لأب لكان الشقيق أولى بالولاء والميراث./ ابن يونس: وهذا أقيس.انتهى. قال ابن عرفة: ودرجات التعصيب في القرب فيه كالتعصيب في الإرث إلا أن الأخ وابن الأخ يقدمان على الجد. زاد الحوفي: وابن العم على [أبي[2083]] الجد.

قلت: وهو مندرج في [الأول[2084]] بالمعنى. اللخمي: اختلف إن كانا ابني عم أحدهما أخ لأم فقال مالك وابن القاسم في المدونة لا فضل للأخ للأم، وقال أشهب عند محمد الأخ للأم أحق لأنه أقعد [بالرحم[2085]] كما لو ترك المعتق أخوين أحدهما شقيق والآخر للأب.

قلت: في جريان هذا الخلاف في إرث المال نظر، ويرد قياس أشهب بأن زيادة [الشريك[2086]] في الأم في المقيس عليه هي فيما به التعصب[2087] [وهي الاخوة وهي في المقيس [في[2088]] غير ما به التعصيب لأنها في إخوة لا تعصيب لها إنما التعصيب[2089]] فيه ببنوة العمومة. انتهى. وقد حكى في التوضيح في باب الفرائض الخلاف في ميراث النسب أيضا.

فرع منه: قال: والمذهب انتقاله بموت مستحقه إلى أقرب عصبة [المعتق[2090]] حينئذ لا إلى أقرب عصبة المستحق. انتهى. وعلى هذا يتفرع قول المصنف: "وإن اشترى ابن وابنة أباهما".

ص: **كالصلاة** ش: يعني كالصلاة على الجنازة فيقدم الابن ثم ابنه ثم الأب ثم الأخ ثم ابنه ثم الجد ثم العم ثم ابنه، ولو قال المصنف كالنكاح لكان أحسن، وإن كان الحكم سواء لأنه لم يبين هذا الترتيب في الجنائز وبينه في النكاح، والحاصل أن الولاء والصلاة على الميت وولاية النكاح سواء.

الحديث ....

2082 – في المطبوع ويم ص131 عصبة وما بين المعقوفين من ن ز ص362 ويحيى ص157 وم ص116 ومايابى254.

2083 – في المطبوع ابن وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 ويحيى ص157 وم ص116 ويم131 ومايابى255.

2084 – في المطبوع الأولى وما بين المعقوفين من ن م116 ويم152 ويحيى500.

2085 – في المطبوع للرحم وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 ويحيى ص157 وم ص116 ويم131 ومايابى255.

2086 – في المطبوع الشرط وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 ويحيى ص157 وم ص116 ويم131 ومايابى255 (الشرك).

2087 *– في المطبوع التعصب وما بين المعقوفين من يحيى500 وسيد48 ويم152 ومايابى255 وم116.

2088 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 وم116 ويم152 ويحيى500.

2089 – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 ويحيى ص158 وم ص116 ويم131 ومايابى255.

2090 – في المطبوع المستحق وما بين المعقوفين من ن عدود ص363 ويحيى ص158 وم ص116 ويم131 ومايابى255.

نص خليل

أَوْ جَرَّهُ وَلاَءٌ بِولاَدَةٍ أَوْ عِتْقٍ وَلَوِ اشْتَرَى ابْنٌ وَبِنْتٌ أَبَاهُمَا ثُمَّ اشْتَرَى الأَبُ عَبْدًا فَمَاتَ الْعَبْدُ بَعْدَ الأَبِ وَرِثَهُ الاِبْنُ وَإِنْ مَّاتَ الاِبْنُ أَوَّلاً فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ لِعِتْقِهَا نِصْفَ الْمُعْتِقِ وَالرُّبْعُ لأَنَّهَا مُعْتِقَةُ نِصْفَ أَبِيهِ وَإِنْ مَّاتَ الاِبْنُ ثُمَّ الأَبُ فَلِلْبِنْتِ النِّصْفُ بِالرَّحِمِ وَالرُّبُعُ بِالْوَلاَءِ وَالثُّمُنُ بِجَرِّهِ.

بَاب صَحَّ إِيصَاءُ حُرٍ مُمَيِّزٍ مَّالِكٍ.

متن الحطاب

ص: **أو جره ولاء بولادة أو عتق** ش: نحوه لابن الحاجب فقال في التوضيح: حكى سحنون على هذا الإجماع أنه لا ولاء للمرأة إلا من باشرت عتقه أو أعتقت من أعتقه أو يكون ولدا لمن أعتقته وإن سفل من ولد الذكور خاصة، ولم يبين المصنف -يعني ابن الحاجب- هنا أنه لا يجر إلا أولاد الذكور إلا أنه قال وعلى من جره ولاؤها، وقد بين أولا أن المرأة إنما تجر ولاء أولادها إذا لم يكن لهم نسب من حر. انتهى. ومثله يقال عليه والتقييد [بالذكور[2091]] وقع في المدونة لكنه لا كبير فائدة فيه لأن من المعلوم أنه لا ينجر إليها بالولادة إلا ما ينجر للذكر.

وقد تقدم أن المعتق إذا أعتق أمة فإنما يكون له الولاء على أولادها الذكور [إذا[2092]] لم يكن لهم نسب من حر بل التقييد به مشوش لأنه يوهم أن أولاد المعتقة لا ولاء عليهم لمعتقها مطلقا، سواء كان لهم نسب من حر أم لا، وليس كذلك ونص كلامه في المدونة ولا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو ولد من أعتقن من ولد الذكور ذكرا كان ولد هذا الذكر أو أنثى. انتهى. إلا أنه قال بعده وإذا أعتقت المرأة امرأة فولدت المعتقة من الزنى أو من الزوج ثم نفاه ولاعن فيه كان ميراث هذا الولد للمرأة التي أعتقت أمه. انتهى. وبهذا فسر الشيخ أبو الحسن المدونة، وقال اللخمي ما أعتقت المرأة يجري مجرى ما لو كان المعتق رجلا، فكل موضع يكون الولاء فيه للمعتق إذا كان رجلا يكون لها.انتهى.

ص: **وورثه الابن** ش: ولا ترث البنت منه شيئا لأن الابن عاصب المعتق من النسب والبنت معتقة المعتق وعاصب المعتق مقدم على معتق المعتق، وهذه تسمى فريضة القضاة لغلط أربعمائة قاض فيها بتوريثهم البنت بالولاء.

364

ص: **فإن مات الابن أولا فللبنت النصف** ش: إن مات الأب ثم مات الابن قبل موت/ العبد المعتق ثم مات العبد فللبنت النصف لأنه لما فقد المعتق وعصبته من النسب انتقل الولاء لمعتق المعتق ومعتق المعتق البنت والابن الميت فلها النصف، والنصف الثاني الذي كان لأخيها لموالي أبيه وموالي أبيه هو وإخوته فلها نصف نصفه وهو الربع، فيصير لها ثلاثة أرباع المال والربع الباقي يكون لموالي أم الأخ إن كانت [أمه[2093]] معتقة، وإن كانت حرة فلبيت المال. والله أعلم. وبهذا توجه المسألة الأخرى. والله أعلم.

ص: **باب صح إيصاء حر** ش: الوصايا جمع وصية، ورسمها عند الفقهاء قال في الشامل: والوصية تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع. انتهى. ونقله في التوضيح وابن عبد السلام عن بعض الحنفية. قال ابن عبد السلام: على أنه لا يخلو عن مناقشات لا تخفى عليك. انتهى. وقال في

الحديث

....

[2091] *- في المطبوع ووقع وما بين المعقوفين من يحيى501 وم116 وسيد48 ويم152 ومايابى255.

[2092] – في المطبوع إذ وما بين المعقوفين من ن ذي ص363 وم116 ويم152 ويحيى501.

[2093] – في المطبوع أمة وما بين المعقوفين من مايابى255 وسيد48 ويم152.

نص خليل وَإِنْ سَفِيهًا أَوْ صَغِيرًا.

متن الحطاب اللباب: الوصايا حقيقتها تصرف المالك في جزء من حقوقه موقوف على موته على وجه يكون له الرجوع فيه. انتهى. ثم قال: الوصية حقيقتها إسناد النظر في أمر المحجور أو تنفيذ وصية لثقة مأمون. انتهى. ورسمها ابن عرفة برسم شمل الإيصاء لشخص وإسناد الوصية إليه فقال: الوصية في عرف الفقهاء لا الفراض عقد يوجب حقا في ثلث عاقده [يلزم[2094]] بموته أو [نيابة[2095]] عنه بعده. انتهى. ولا يخفى صدق هذا الرسم على التدبير. والله أعلم. وحكم الوصية قال ابن [راشد[2096]] في كتاب الوصايا: حكمها الندب على الجملة، وقال منذر بن سعيد هو فرض وحكمة مشروعيتها تقوية الزاد إلى المعاد. انتهى. وقال في كتاب الوصايا: حكمها الوجوب وحكمة مشروعيتها الرفق بالمحجور وحفظ ماله عليه. انتهى. وقال [في كتاب الوصية[2097]] في الشامل: هي [مستحبة[2098]] إلا لمن عليه [حق[2099]] له بال فتجب. انتهى.

ص: وإن سفيها ش: مولى عليه أو غير مولى. قال في التوضيح: وإذا ادان المولى عليه ثم مات لم يلزمه ذلك إلا أن يوصي به فيجوز في ثلثه، وقال ابن كنانة إن سمى ذلك ليقضى من رأس ماله ولم يجعله في ثلثه لم يجز على ورثته، وإن أوصى به على وجه الوصايا فهو مبدأ على وصاياه، ولابن القاسم إذا باع المولى فلم يرد بيعه حتى فات أنه ينفذ بيعه. ابن زرقون: فعلى هذا يلزمه الدين بعد موته فتأمله. انتهى. وعلى الأول اقتصر في الشامل فقال أو مولى عليه وإن فيما ادان بغير إذن وليه. انتهى.

ص: وصغيرا ش: اختلف في السن الذي تجوز وصية [الصبي[2100]] فيه فقال في المدونة: وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها، وروى ابن وهب أن أبان بن عثمان أجاز وصية جارية بنت ثمان سنين أو تسع. انتهى. وهذا القول هو الذي صدر به في التوضيح والشامل، وعليه اقتصر صاحب اللباب، ونصه: وتصح من ابن عشر سنين فما فوقها لأنه مميز. انتهى.

فرع: قال ابن عبد السلام: قال أشهب إذا أوصى الصبي بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي فذلك إلى وصيه.

قلت: هذا مما ينظر فيه فإن نظر الوصي ينقضي بموت الصبي، ألا ترى أن جرح الصبي ينظر فيه وليه وديته إذا قتل ليس للوصي فيها نظر، وإنما هو للورثة إلا أن يقال ملك الصبي للدية بعد موته متعذر وتنفيذ الوصية بعد موته إنما يكون على تقدير ملكه والوصي هو الناظر في أملاك الصبي وهذا منها؟ انتهى. ونقله في التوضيح فقال: قال أشهب ومن أوصى بوصية وجعل إنفاذها إلى غير الوصي

الحديث ....

2094 – في المطبوع يلزمه وما بين المعقوفين من ن ذي ص364 ويحيى ص158 وم ص116 ويم ص131 ومايابى256.

2095 – في المطبوع نيابته وما بين المعقوفين من ن ذي ص364 وم116 ويم152 ويحيى501.

2096 – في المطبوع رشد وما بين المعقوفين من سيد48 ومايابى256.

2097 – ساقط من المطبوع ومايابى256 وما بين المعقوفين من ن عدود ص364 ويحيى ص158.

2098 – في المطبوع مستحقة وما بين المعقوفين من ن عدود ص364 ويحيى ص159 وم ص117 ويم131 ومايابى256.

2099 – في المطبوع تعلق وم ص117 ومايابى256 ويم ص131 ويحيى ص159 وما بين المعقوفين من ن عدود ص364.

2100 – في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص364 ويحيى ص159 ويم132 ومايابى256.

نص خليل وَهَلْ إن لَّمْ يَتَنَاقَضْ قَوْلَهُ أَوْ أَوْصَى بِقرْبَةٍ تَأْوِيلاَنِ.

متن الحطاب 365

فذلك إلى وصيه، ثم ذكر كلام ابن عبد السلام المتقدم، وانظر قوله من أوصى هل يريد من الصبيان، أو من المولى عليهم مطلقا؟/ فتأمله. والله أعلم. وانظر الرجراجي في المسألة السادسة من كتاب الوصايا الأول فإنه تكلم على حكم ما إذا أوصى المحجور عليه لعارض الطفولية أو لعارض السفه بوصية وجعل تنفيذها لغير وصيّه وأطال في ذلك، وفي البرزلي وسئل ابن أبي زيد عمن أسند وصيته إلى رجل وفي الوصية بنات فماتت واحدة بعد دخول بيتها بشهر وتركت زوجا وعصبة وأوصت بصدقة للفقراء فهل ينفذها الوصي أو الورثة؟ فأجاب: إن لم توص بذلك لأحد فذلك لوصي أبيها إن كان مأمونا وإن أوصت بذلك لأحد فهو أولى.

قال البرزلي: قلت هذا جار على بقاء النظر بعد موت المحجور على من له عليه ولاية ومن يقول لا نظر له في أولاده يرجع الأمر في ذلك إلى من يقدمه القاضي. انتهى.

فرع: قال في التوضيح: قال أشهب من أوصى لبكر بمائة ولا ولي لها فدفع الورثة ذلك إليها بغير إذن الإمام فقد برئوا، واختار اللخمي إن كان لها وصي أن لا تدفع إلا إليه إلا أن يعلم أن الميت أراد دفع ذلك إليها لتتسع في مطعم وملبس فيدفع إليها. انتهى. ونقله ابن عبد السلام وابن عرفة، وظاهره أن المولى عليه إذا أوصي له بشيء فدفع الوصي ذلك إليه ولم يدفعه إلى وليه فلا ضمان عليه فتأمله. والله أعلم.

ص: **وهل إن لم يتناقض أو أوصى بقربة تأويلان** ش: قال في المدونة: وتجوز وصية ابن عشر سنين وأقل مما يقاربها إذا أصاب وجه الوصية [وذلك[2101]] إذا لم يخلط. انتهى. قال في التوضيح: فسر اللخمي عدم الاختلاط بأن يوصي بما فيه قربة لله تعالى أو صلة رحم، فأما إن جعلها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي.انتهى. وعبارة اللخمي في تبصرته والصبيان يختلف تمييزهم وإدراكهم، فمن علم أن عنده تمييزا جازت وصيته إذا أصاب وجه الوصية فيوصي بما هو قربة لله سبحانه وتعالى أو صلة رحم، [فأما[2102]] أن يجعلها لمن يستعين بها فيما لا يحل من شرب خمر أو غيره فلا تمضي. انتهى. فعلم أن مفهوم قوله: "قربة" أعم من أن تجعل فيما لا يحل أو يوصي بها لمن يستعين بها على ما لا يحل. والله أعلم. وهذا هو التأويل الثاني في كلام المصنف، والأول لأبي عمران.

تنبيه: قال المشذالي في حاشيته على المدونة في هذا المحل: سئل ابن عبد السلام عن صبي يزيد على عشر سنين أوصى بثلثه لقوم فبعد وفاته قام عصبته على الموصى لهم وقالوا الصبي لم يعقل القربة ولم يميز بين الحسنات والسيئات فوصيته باطلة، وقال الموصى لهم بل يعقل ويميز فعلى من الإثبات فقال يسأل شهود الوثيقة، فإن قالوا نعلم أنه مميز أو ثبت ذلك بغيرهم صحت الوصية، فإن عجز الموصى لهم عن إثبات ذلك لم تنفذ الوصية.

الحديث ....

[2101] *- لفظ التهذيب، ج4 ص251 وذلك إذا لم يكن فيها اختلاط.

[2102] - في المطبوع وأما ويم ص132 وما بين المعقوفين من ن ذي ص365 ويحيى ص160 وم ص117 ومايابى257.

نص خليل وَكَافِرًا إلاَّ بِكَخَمْرٍ لِمُسْلِمٍ لِمَنْ يَصِحُّ تَمَلُّكُهُ كَمَنْ سَيَكُونُ إنِ اسْتَهَلَّ وَوُزِّعَ لِعَدَدِهِ.

متن الحطاب **قلت:** فحاصل [هذا[2103]] الجواب الظريف أن الموصى له مدع؛ لأن الأصل عدم التمييز ثم شبهها بنظائر فراجعه. والله أعلم.

ص: **وكافر إلا بكخمر لمسلم** ش: يعني أن وصية الحر المميز المالك تصح وإن كان كافرا، وظاهره أن وصيته جائزة للمسلم بكل شيء يملكه الكافر إلا بكخمر أو خنزير، [وأن[2104]] وصيته للكافر تصح مطلقا؛ أي بكل شيء حتى بالخمر والخنزير، أما الأول فهو صريح كلامه وكلام ابن الحاجب، وأما الثاني فهو مفهوم كلامه، وقال في التوضيح إنه مفهوم كلام ابن الحاجب وابن شاس، ونص ابن الحاجب: وتصح من الكافر إلا بمثل خمر لمسلم قال في التوضيح [أي[2105]] وتصح الوصية من الكافر لأنه حر مالك مميز إلا أن يوصي لمسلم بما لا يصح ملكه من خمر ونحوه، ومفهوم قوله: "لمسلم" وهو [مفهوم[2106]] كلام ابن شاس أنه لو أوصى بذلك لكافر لصحت وصيته، وهو ظاهر لأنه أوصى بها لمن يصح ملكه لها، ولم أر في ذلك نصا.

وقد يؤخذ ذلك مما لابن القاسم في العتبية في نصراني أوصى بجميع ماله للكنيسة ولا وارث له قال يدفع إلى أساقفتهم ثلث ماله وثلثاه للمسلمين. انتهى. ومسألة العتبية في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، وظاهر كلامهم أن وصية الكافر تصح للكافر مطلقا ذميا أو حربيا ولم أر من صرح به، وسيأتي ما في وصية المسلم للحربي. والله أعلم./ 366

ص: **كمن سيكون إن استهل** ش: قال في الوصايا الأول: ومن أوصى لحمل امرأة فأسقطته بعد موت الموصي فلا شيء له إلا أن يستهل صارخا. انتهى. قال في أواخر [كتاب[2107]] الوصايا الثاني: [ومن قال[2108]] ثلثي لولد فلان وقد علم أنه لا ولد له جاز [فينتظر[2109]] [أيولد له، وسيأتي[2110]] ما فيه من التفصيل بين الذكر والأنثى [و[2111]]إن لم يعلم أنه لا ولد له فذلك باطل. انتهى. وقال اللخمي في آخر الوصايا الثاني: وإن أوصى لولد فلان ولا ولد له وله حمل حملت الوصية على أنها لذلك الحمل، فإن ولد كانت الوصية له، وإن أسقطته أو ولدته ميتا سقطت الوصية ولا شيء لمن يولد بعد، وإن لم يكن حمل والموصي يظن أن له ولدا سقطت الوصية، وإن كان عالما حملت الوصية على من يولد بعد، وإن كثروا، فإن ولد [له[2112]] ولد تجر له بذلك المال، ثم كذلك

الحديث ....

[2103] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى502 وسيد49 ويم153 وم117 ومايابى257.

[2104] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص365 ومايابى257 ويحيى ص160 (وم ص117 فإن وصيته) ويم132.

[2105] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص365 ويحيى ص160 وم ص117 ويم132 ومايابى257.

[2106] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص365 ويحيى ص160 وم ص117 ويم132 ومايابى257.

[2107] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص366.

[2108] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 ويم132 ومايابى257.

[2109] *- في المطبوع ينظر وما بين المعقوفين من ن ذي ص366.وفي مايابى257 ويم153 وينتظر.

[2110] - في المطبوع ويحيى ص160 ويم ص132 وم ص117 له أم لا وسياتي وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ومايابى257 (له ويساوي فيه بين).

[2111] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص366 مت153 يحيى502.

[2112] - ساقطة من المطبوع ومايابى257 وم ص117 ويم153 وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160.

نص خليل بِلَفْظٍ أَوْ إِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ.

متن الحطاب كلما ولد له ولد تجر له مع الأول ومن بلغ التجر تجر لنفسه، فإن خسر فيه أو ضاع له منه شيء في حين تجره للصغير لم يضمن؛ لأن الصغير لا تعمر ذمته بذلك وقد رضي الموصي بالوصية له على ما توجبه الأحكام في الضمان وإن بلغ وتجر لنفسه ضمن الخسارة والتلف. انتهى. ونقله أبو الحسن، ونقل نحوه عن التونسي، ونصه: [أبو اسحاق:[2113]] لو قال لولد فلان ولا ولد له يوم أوصى وهو يعلم بذلك ثم ولد له لانبغى أن يحبس ذلك حتى يكبر فينتفع به ويوقف لغيره حتى ينتفعوا به لأنه لما لم يكن ولد يوم أوصى فكأن الموصي أراد الإيصاء إلى جملة من يولد لفلان فلا يختص بالانتفاع به بعضهم دون بعض حتى ينقرضوا فيكون لورثتهم كلهم، وقد حكي عن بعض الناس أن أول ولد يولد لفلان يأخذ ذلك [بتلا،[2114]] والأول أبين. انتهى من أبي الحسن.

تنبيهان: الأول: ظاهر كلامهم أن الموصى به يوقف إلى أن يؤيس من وجود الموصى لهم ولم أر الآن من صرح بذلك. والله أعلم.

الثاني: إذا أوصى لولد فلان ولا ولد له فادعى فلان أن [الموصي[2115]] يعلم ذلك وادعى الورثة أن الموصي يظن أن له ولدا فهل القول قول الوارث، أو قول فلان؟ لم أر فيه نصا أيضا، والظاهر أن القول قول الورثة فانظر ذلك، وانظر أيضا إذا لم يعلم الورثة وفلان أن الموصي كان يعلم ذلك أو لا يعلمه هل يحمل على العلم أو عدمه؟. والله أعلم.

ص: بلفظ أو إشارة مفهمة ش: قال ابن عرفة: الصيغة ما دل على معنى الوصية فيدخل اللفظ والكتب والإشارة، وقال مالك عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {ما حق امرىء مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه[1]} ابن شاس: كل لفظ فهم منه قصد الوصية بالوضع أو بالقرينة حصل [الاكتفاء به.[2116]] ابن الحاجب: كل لفظ وإشارة يفهم منها قصد الوصية.

قلت: فيخرج عنها الكتب الشيخ عن أشهب في الموازية لو قرؤوها وقالوا نشهد بأنها وصيتك فقال نعم، أو قال برأسه نعم ولم يتكلم فذلك جائز [انتهى[2117]]. قال ابن عبد السلام: وتعقب على ابن الحاجب تفسير الصيغة بالإشارة فإن الإشارة من الأفعال، والصيغة من [عوارض[2118]] الأقوال، وهو صحيح لو كان المراد بها ما يريده النحويون، أما إذا كان مراده بالصيغة ما يدل على مراد الشخص، وجعل ذلك حقيقة عرفية في هذا الفن ولا [سيما[2119]] على رأي المالكية في كثير من أبواب الفقه فلا مشاحة. انتهى.

الحديث 1- مالك في الموطأ، كتاب الوصية، ط. دار الفجر، رقم الحديث1492.

2113 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 وم ص117 ويم132 ومايابى258.

2114 - في المطبوع بتا وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 وم ص117 ويم132 ومايابى258.

2115 - في المطبوع الوصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 وم ص117 ويم132 ومايابى258.

2116 - في المطبوع إلى اكتفائه وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 ويم132 ومايابى258.

2117 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم153 ومايابى258 وسيد48.

2118 - في المطبوع العوارض وما بين المعقوفين من ن عدود ص366 ويحيى ص160 وم ص118 ومايابى258 (ويم132 من عوارض وهو صحيح).

2119 - في المطبوع يسمى وما بين المعقوفين من تصحيحات عدود ووافقه متالي ويحيى ومايابى258 مك118.

نص خليل وَقَبُولُ الْمُعَيَّنِ شَرْطٌ بَعْدَ الْمَوْتِ فَالْمِلْكُ لَهُ بِالْمَوْتِ وَقُوِّمَ بِغَلَّةٍ حَصَلَتْ بَعْدَهُ وَلَمْ يَحْتَجْ رِقٌّ لإِذْنٍ فِي قَبُولِهِ كَإِيصَائِهِ بِعِتْقِهِ وَخُيِّرَتْ جَارِيَةُ الْوَطْءِ وَلَهَا الانْتِقَالُ.

متن الحطاب 367 ص: وقبول المعين شرط بعد الموت فالملك له بالموت ش: هذه نحو عبارة ابن الحاجب قال/ في التوضيح في شرحها؛ أي وقبول الموصى له المعين للوصية شرط في وجوبها له لأنها أحد أنواع العطايا فاشترط فيها القبول كالهبة وغيرها. انتهى. وظاهره أنه إذا مات الموصى له قبل قبول الوصية لم يكن لورثته قبولها، وهو خلاف مذهب المدونة، وقال في الجواهر: إن مات الموصى له بعد الموصي لا ينتقل حق القبول للوارث. قاله الشيخ أبو بكر يعني الأبهري. وقال القاضي أبو محمد ينتقل. انتهى. وما قاله [القاضي[2120]] هو مذهب المدونة قال في الوصايا الأول: وإذا مات الموصى له بعد موت الموصي فالوصية لورثة الموصى له علم بها أم لا ولهم أن يقبلوها كشفعة له أو خيار في بيع ورثوه. انتهى. ونحوه في الوصايا الثاني.

قال ابن عرفة: قال عياض: هذا بين لأن مذهبه في الكتاب أنها لا تحتاج لقبول الموصى له قبل موته ولا علمه لأن قبولها حق يورث عنه، وذكر الأبهري أنها تحتاج لقبول الموصى له وإنما تكون لورثته إذا قبلها ومتى لم يقبل سقط حقهم فيها ورجعت لورثة الموصي، وقيل إنها حق يثبت للميت يورث [عنه[2121]] على كل حال وليس لورثته رده ولا يحتاج إلى قبول. قال ابن عرفة: قلت: فهي ثلاثة أقوال.انظر بقية كلامه ومناقشة ابن عبد السلام .

فرع: ولو تراخى القبول عن الإيجاب لم يضر. قال في الذخيرة: ولا يشترط فيه أي القبول الفور بعده قياسا على الهبة.

فرع: قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: وإجازة الورثة في الصحة من غير سبب ما نصه: قال ابن الحاج: انظر على ما في الموطإ لو أوصى رجل لرجل بمال فلم يقبل ذلك الموصى له في صحة الموصي ورده ثم مات الموصي ورجع الموصى له إلى قبول المال فذلك له لأنه لم تجب له الوصية إلا بعد موت الموصي. انتهى.

فرع: فإن مات الموصى له قبل موت الموصي قال في الوصايا الثاني: بطلت الوصية علم الموصي بموته أم لا، ثم قال مالك: يحاص بها ورثة الموصي أهل الوصايا في ضيق الثلث ثم [تورث[2122]] تلك الحصة وأكثر الرواة أنهم يحاصون بها إن لم يعلم بموته ولا يحاصون بها إن علم، وقاله مالك أيضا. انتهى.

ص: ولم يحتج رق لإذن في قبول ش: قال ابن الحاجب: وللمأذون له أن يتصرف في الوصية والهبة ونحوهما ويقبلهما بغير إذن السيد، وكذلك غير المأذون، وله نحو ذلك في الوصايا. قال في التوضيح: قوله ونحوهما كالصدقة وله أن يقبل ذلك بغير إذن السيد وأقيم من المدونة أنه ليس للسيد أن يمنعه من قبول الهبة، وقوله: "وكذلك غير المأذون" التشبيه راجع إلى القبول فقط؛ لأن التصرف إنما يكون للمأذون إلا أن يكون الواهب أو الموصي شرط في هبته أو وصيته أن لا حجر عليه فيها

الحديث ....

[2120] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايابى258 ويم154 وسيد49.

[2121] – في المطبوع عتقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص367 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى258.

[2122] – في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من ن عدود ص367 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى259.

نص خليل

وَصَحَّ لِعَبْدِ وَارِثِهِ إِنِ اتَّحَدَ أَوْ بِتَافِهٍ أُرِيدَ بِهِ الْعَبْدُ وَلِمَسْجِدٍ وَصُرِفَ فِي مَصَالِحِهِ وَلِمَيِّتٍ عَلِمَ بِمَوْتِهِ فَفِي دِينِهِ أَوْ وَارِثِهِ وَلِذِمِّيٍّ وَقَاتِلٍ عَلِمَ الْمُوصِي بِالسَّبَبِ وَإِلاَّ فَتَأْوِيلاَنِ وَبَطَلَتْ بِرِدَّتِهِ وَإِيصَاءٍ بِمَعْصِيَةٍ وَلِوَارِثٍ.

متن الحطاب

فينبغي أن يمضي ذلك على شرطه كما قاله بعضهم في السفيه والصغير. قاله ابن عبد السلام.انتهى بالمعنى.

تنبيهان: الأول: قال في التوضيح: خليل: لو قيل للسيد أن يمنعه من قبول الهبة ونحوها كان حسنا للمنة التي تحصل على السيد. انتهى. وهو ظاهر. والله أعلم.

الثاني: قال في النوادر: قال علي عن مالك في عبد أوصي له بشيء فأبى قبوله [فلسيده أن يكرهه[2123]] على قبوله. انتهى. وقال في سماع سحنون: قال مالك في العبد يتصدق عليه فيأبى أن يقبل أن للسيد أن يأخذ ذلك وإن [أبى[2124]] الذي تصدق بها إذا قال إنما أردت العبد [فإذا[2125]] لم يقبل فلا. قال ابن رشد: هذا كما قال وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه لأن العبد لو قبض الصدقة كان لسيده أن ينزعها منه فهو أحق بقبول ما تصدق به عليه. وبالله التوفيق. انتهى.

ص: **وصحت لعبد وارثه إن اتحد أو بتافه أريد به العبد** ش: قال في كتاب الوصايا الأول من المدونة: ولا تجوز وصية رجل لعبد وارثه إلا بالتافه كالثوب ونحوه مما يريد به ناحية العبد لا نفع سيده كعبد كان قد خدمه ونحوه، وإن أوصى لعبد ابنه ولا وارث له غيره جاز ولا ينتزع ذلك الابن/ 368 منه، وإن أوصى لعبد نفسه بمال كان للعبد إن حمله الثلث وليس لوارثه انتزاعه منه ويباع بماله ولمن اشتراه انتزاعه، وإن أوصى لعبد أجنبي بمال فلسيده انتزاعه. انتهى.

ص: **ولميت علم بموته إلى آخره** ش: نحوه في النوادر قال: وهذا إذا جهل أمر [الوصية،[2126]] فأما إن علم أمرها إلا أنها زكاة فرط فيها فلا شيء لورثة الميت فيها ولا [للدين[2127]] عليه وليتصدق بها في وجه الزكاة كمن أوصى بزكاته لمن ظنهم فقراء وهم أغنياء. انتهى. وقال في باب قبله: فإن كان ورثة الموصى له فقراء فهم أحق بها. انتهى.

ص: **وبطلت بردة** ش: قال في المسائل الملقوطة: وبطلت الوصية بموت الموصى له قبل موت الموصي وبالرجوع فيها بالقول والفعل وبالردة من أحدهما أو بقتل الموصى له الموصي. انتهى. وانظر الشيخ أبا الحسن الصغير.

ص: **ولوارث** ش: يعني أن الوصية تبطل إذا كانت للوارث يريد إلا أن يجيز ذلك الوارث، وإنما خالف قول ابن الحاجب: "وتجوز للوارث وتوقف على إجازة الورثة" لأنه مشى على أن إجازة الوارث عطية، وقد قال في توضيحه إنه لا يحسن على هذا القول أن يقال الوصية تصح للوارث.

الحديث ....

[2123] – في المطبوع فلسيده الذي تصدق أن يكرهه وما بين المعقوفين من ن عدود ص367 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى259.

[2124] – في المطبوع يابى وما بين المعقوفين من ن عدود ص367 وم118 ويم154 ويحيى503.

[2125] – في المطبوع مت154 مك118 ومايابى259 (يحيى503 فأما إذا لم...) وما بين المعقوفين من ن عدود ص367.

[2126] – في المطبوع الوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى259.

[2127] *– في المطبوع للمدين وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في مايابى259.

نص خليل

كَغَيْرِهِ بِزَائِدِ الثلث يَوْمَ التَّنْفِيذِ وَإِنْ أجِيزَ فَعَطِيَّة وَلَوْ قَالَ إن لَّمْ يُجِيزُوا فَلِلْمَسَاكِين بِخِلَافِ الْعَكْس وَبِرُجُوعٍ فِيهَا وَإِنْ بِمَرَضٍ بِقَوْل.

متن الحطاب

تنبيه: إذا قال الموصي أعطوا لفلان من الورثة سهمه كاملا وثلث ما عدا ذلك لفلان فهذا من الوصية للوارث. قاله في البيان في رسم الصلاة من سماع يحيى من كتاب الوصايا وفرضها فيمن قال أعطوا لأمي سهمها في كتاب الله وثلث [ما عدا ما ينتقص[2128]] الثلث بتوفر سهم أمي صدقة على فلان يريد أن يخرج الثلث من جميع ماله ما عدا ما لأمه قال يخرج الثلث للموصى له على حال ما أوصى ثم تزاد الأم سهما يضاف إلى بقية المال ويقسم على الورثة على كتاب الله تعالى، وذلك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: {لا وصية لوارث[1]}

ص: **كغيره بزائد الثلث** ش: تصوره ظاهر.

مسألة: قال في معين الحكام في كتاب الوصايا: وإذا قال الموصي يخرج ثلث ما خلفه فيفعل به كذا وكذا لأشياءَ عدها فإذا أخرج منه ما ذكر وفضلت من الثلث فضلة فقيل ينفذ ذلك في الفقراء والمساكين لقوله يخرج جميع ثلثي وقيل إن البقية ترجع ميراثا. قال بعض الموثقين: وبالأول جرى العمل. انتهى. وقال بعده بنحو الورقة: مسألة فإن أغفل الموثق أن يقول في الوصية وما فضل عن الثلث جعله الناظر حيث يراه إذا ذكر أولا أنه أوصى بجميع ثلثه ففي ذلك قولان؛ أحدهما أنه ينفق في الفقراء والمساكين. قال بعض الموثقين: وبه جرى العمل،/ والقول الثاني أن البقية ترجع ميراثا. 369

ص: **وإن أجيز فعطية** ش: أي فإن كان الوارث المجيز عليه دين محيط فلغرمائه رد ذلك وإن قلنا إنَّ فِعْلَهُ [تنفيذ[2129]] فليس لغرمائه الرد، واختلف إذا أجاز الوارث ولا دين عليه فلم يقبض ذلك الموصى له حتى استدان الوارث أو مات فقال في كتاب محمد: غرماء الوارث [وورثته[2130]] أحق بها لأنها هبة لم تحز، وقال أشهب يبدأ بوصية الأب قبل دين الابن. قال ابن عرفة: والأول أحسن، وأظنه أنه ناقل له عن ابن القصار.

ص: **وبرجوعه فيها وإن بمرض** ش: قال في التوضيح: قال في الوثائق المجموعة: إذا قال اشهدوا أني قد أبطلت كل وصية تقدمت فإنها تبطل إلا وصية قال لا رجوع لي فيها فإنها لا تبطل حتى ينص عليها. انتهى. ونقله في الشامل، وذكر المشذالي في حاشيته على المدونة في كتاب الوصايا الأول خلافا عن الشيوخ فيما إذا التزم عدم الرجوع عن الوصية، ونقل عن ابن عرفة أنه قال في مختصر الحوفية: فلو التزم عدم الرجوع لزمه على الأصح، وفي بعض النسخ على المشهور، وفي مختصره الفقهي: فلو التزم عدم الرجوع ففي لزومه خلاف بين متأخري فقهاء تونس ابن علوان ثالثها إن كانت بعتق.

ص: **بقول** ش: يعني أن الدال على الرجوع إما قول أو فعل، والفعل يكون بأحد وجهين أحدهما ما ينقل الملك [أو[2131]] يمنع من نقله كالبيع والعتق والاستيلاد، والثاني أن يفعل فعلا يبطل

الحديث

1- الترمذي في جامعه، كتاب الوصايا، رقم الحديث2128.- والنسائي في سننه، كتاب الوصايا، رقم الحديث 3640.

[2128] - في المطبوع ما عدا ذلك فينتقص وما بين المعقوفين من ن عدود ص368 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى260.

[2129] - في المطبوع ينفذ وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى ص161 وم ص118 ويم133 ومايابى260.

[2130] - في المطبوع ورثته وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى ص161 وم ص119 ويم133 ومايابى260.

[2131] - في المطبوع ويمنع وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى ص162 وم ص119 ويم133 ومايابى260.

نص خليل: أَوْ بَيْعٍ وَعِتْقٍ وَكِتَابَةٍ وَإِيلَادٍ وَحَصْدِ زَرْعٍ وَنَسْجِ غَزْلٍ وَصَوْغِ فِضَّةٍ وَحَشْوِ قُطْنٍ وَذَبْحِ شَاةٍ وَتَفْصِيلِ شُقَّةٍ.

متن الحطاب

[اسم[2132]] الموصى به. انتهى.

ص: أو بيع ش: قال في الشامل: إلا أن يشتريه ثانيا على المعروف بخلاف مثله، وهو معنى قول المصنف بعد هذا: "أو بثوب فباعه [واشتراه[2133]] بخلاف مثله".

ص: وكتابة ش: قال في الشامل: ولا تعود لعجز على المنصوص، وقال في التوضيح: ينبغي إذا عجز المكاتب في حياة السيد أن تعود الوصية فيه كما يعود في [المبيع[2134]] الموصى به على أحد القولين، وها هنا أولى لأن الكتابة لا تنقل الملك. انتهى. وقال ابن عرفة: قال ابن شاس الكتابة رجوع ولم أجدها لغير الغزالي وأصول المذهب توافقه لأن الكتابة إما بيع أو عتق وكلاهما رجوع وهي في البيع الفاسد فوت. هذا إن لم يعجز، وإن عجز فليس بفوت.انتهى من ابن غازي. فجزم ابن عرفة بأنها ليست بفوت مع العجز كما بحثه الشيخ خليل فتأمله. والله أعلم.

ص: وحصد زرع ش: ظاهره أن الحصد وحده كاف في الرجوع، وقال ابن الحاجب: وإن درس الحب وكاله وأدخله بيته فرجوع بخلاف الحصاد وجز الصوف وجذاذ الثمرة. قال في التوضيح: يعني أن من أوصى بزرع فحصده وزرعه وكاله وأدخله بيته فذلك رجوع لأنه أبطل اسم الزرع ونقله إلى اسم القمح بخلاف جز الصوف وجذاذ الثمرة فإنه لم ينقل الملك ولا أبطل اسمه فلا يعد رجوعا ولو أدخلها بيته، ومسألة درس القمح هو نص قول ابن القاسم في المجموعة، وقال الباجي [ينتقل[2135]] بالحصاد والدراس.

قال: وقوله أدخله بيته [تاكيد[2136]] لقصده، وكذلك قوله اكتاله إنما يريد بلغ حد الاكتيال. انتهى.

وقال في الشامل: وحصد زرع مع درسه. انتهى.

وقال ابن عرفة: الشيخ لابن القاسم في المجموعة إن أوصى بزرع فحصده أو بصوف فجزه فليس برجوع إلا أن/ يدرس القمح ويكتاله ويدخله بيته، ثم ذكر بقية كلام الباجي. 370

ص: وحشو قطن ش: قال في التوضيح: وينبغي أن يقيد حشو القطن بما إذا حشي في الثياب، وأما إذا حشي في المخدة ونحوها فلا.انتهى.

قال في الشامل: وحشو قطن في ثوب ونحوه. انتهى.

ص: وتفصيل شقة ش: احترز بقوله: "شقة" مما إذا أوصى له بثوب ثم قطعه قميصا إذ القميص يسمى ثوبا. قال في الشامل: وتفصيل شقة لا إن قال ثوبي هذا ثم قطعه قميصا أو لبسه في مرضه إذ القميص يسمى ثوبا. انتهى.

الحديث ....

[2132] – في المطبوع ومايابى260 رسم ويحيى ص162 وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم ص119 ويم133.

[2133] – في المطبوع أو اشتراه وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 ويحيى ص162 وم ص119 ويم133 ومايابى260.

[2134] – في المطبوع ويحيى ص162 والبيع وما بين المعقوفين من ن عدود ص369 وم ص119 ويم133 ومايابى260.

[2135] *– في المطبوع ينقل وما بين المعقوفين من يحيى504 وسيد49 وم119 ويم154 ومايابى261.

[2136] *– في تأكيدا وما بين المعقوفين من يحيى504 وسيد49 وم119 ويم154 ومايابى261.

نص خليل وَإِيصَاءٍ بِمَرَضٍ أَوْ سَفَرٍ انْتَفَيَا قَالَ إِنْ مُتُّ فِيهِمَا وَإِنْ بِكِتَابٍ وَلَمْ يُخْرِجْهُ أَوْ أَخْرَجَهُ ثُمَّ اسْتَرَدَّهُ بَعْدَهُمَا وَلَوْ أَطْلَقَهَا لاَ إِنْ لَمْ يَسْتَرِدَّهُ.

متن الحطاب ص: وإيصاء بمرض أو سفر [انتفيا[2137]] قال إن مت فيهما وإن بكتاب ولم يخرجه أو أخرجه ثم استرده بعدهما ش: أي وكذلك تبطل الوصية إذا كانت في المرض أو عند سفر أراده ثم زال المرض والسفر، وهذا معنى قوله انتفيا والحال أنه قال في وصيته إن مت من مرضي أو في سفري، وسواء أشهد على ذلك ولم [يكتبه[2138]] في كتاب أو كتبه في كتاب ولم يخرجه من يده أو أخرجه ثم استرده، أما إذا أشهد على ذلك ولم يكتبه في كتاب فلا خلاف أن الوصية تبطل إذا زال المرض أو السفر، ولا خلاف أنها تصح إذا حصل الموت فيهما، وأما إذا كتبها في كتاب ولم يخرجه من يده فقال المصنف إنها تبطل [أيضا[2139]] بزوال المرض والسفر، وظاهره سواء كان أشهد في الكتاب أو لم يشهد أما إذا أشهد عليها فحكى في التوضيح عن الباجي في ذلك روايتين، وكذلك ذكر ابن رشد في البيان، لكن قال في التوضيح عن الباجي [إن[2140]] القول بعدم إنفاذها هو مشهور قول مالك من رواية ابن القاسم وغيره، وهو خلاف ظاهر كلام المصنف وابن الحاجب فإنهما حكما إذا لم يخرج الكتاب بالبطلان، وظاهر كلامهما ولو كان أشهد عليهما، وأما إذا لم يشهد فقال في التوضيح عن العتبية والمجموعة إنه لا يجوز ذلك ولو شهد عدلان أن ذلك خطه حتى يشهدهما [عليها[2141]].

قال: وقد يكتب ولا يعزم، وتأولها عياض وقال: معناه إذا كتبها ليشهد فيها، وأما إذا كتبها بخطه وقال إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ ذلك إذا عرف أنه خطه كما لو أشهد.انتهى كلام العتبية الذي ذكره في رسم مرض من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. ويريد أن تلك الوصية لا تجوز ولو مات في مرضه ذلك أو سفره إذا لم يخرجها ولم يشهد، إلا أن يكتبها ويقول إذا مت فلينفذ ما كتبته بخطي فلينفذ على ما تأول عليه القاضي عياض مسألة العتبية، لكنها إذا قيدها بمرضه أو سفره فإنما تنفذ إذا مات فيهما، وأما إذا لم يمت فيهما فيأتي فيها الخلاف لأنه جعلها بمنزلة ما لو أشهد فيها، و[قد[2142]] تقدم الخلاف في ذلك فتأمله، وأما إذا كتب وصيته في كتاب وأخرج الكتاب من يده ثم استرده بعد زوال المرض والسفر فلا خلاف في بطلان الوصية. / 371

ص: ولو أطلقها لا إن لم يسترده ش: لما ذكر أنه إذا كانت الوصية مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده أنها تبطل ذكر هاهنا أنها تبطل أيضا إذا كانت مطلقة أي غير مقيدة بمرض أو سفر وكتبها في كتاب وأخرجها ثم استرده من يد من جعلها عنده، وقال في التوضيح: وحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها، وذكر عياض أن ابن شبلون وغيره تأولوا الكتاب على ذلك، وأن ظاهر تأويل أبي محمد [أنه[2143]] إنما يضر استرجاع المقيدة لا المبهمة، وأن أبا عمران تردد في ذلك. انتهى. واقتصر في البيان على حكاية البطلان، ولم يصرح بنفي الخلاف، وظاهر كلام

الحديث ....

[2137] – في المطبوع انتفيان وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 يم154 يحيى504 يم155 م119.

[2138] – في المطبوع يكتب وما بين المعقوفين من مايابى261 وسيد49.

[2139] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 ويحيى ص162 وم ص119 ويم155 ومايابى261.

[2140] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 ويحيى ص1624 وم ص119 ويم155 ومايابى261.

[2141] – في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من مايابى261 وسيد49 ويم155.

[2142] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 ويحيى ص162 وم ص119 ويم155 ومايابى261.

[2143] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص370 ويحيى ص162 وم ص119 ويم155 ومايابى262.

نص خليل أَوْ قَالَ مَتَى حَدَثَ الْمَوْتُ أَوْ بَنَى الْعَرْصَةَ وَاشْتَرَكَا.

متن الحطاب المصنف أنه مشى على ذلك، ولكن في قول المصنف: "ولو أطلقها" بعض قلق لأنه فرض أولا في المقيدة ثم بالغ في الإطلاق، ولو شبه المطلقة بالمقيدة فقال كأن أطلقها لكان أبين وأحسن. انتهى. وقوله لا إن لم يسترده أي لا إن لم يسترد الكتاب بعد أن أخرجه فلا تبطل الوصية، وسواء كانت مطلقة أو مقيدة، ونقله في التوضيح وقاله في البيان.

ص: **أو قال متى حدث الموت** ش: يعني أن الوصية تمضي ولا تبطل إذا قال متى حدث الموت، وسواء قال ذلك في مرض أو سفر أو في صحة، وسواء مات في ذلك المرض أو السفر أو بعدهما، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره فإنها تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يكون كتبها في كتاب وأخرجه من يده ثم استرده فإنها تبطل كما تقدم.

تنبيه: قال الشارح: ومثل قوله متى حدث الموت قوله [متى مت أو[2144]] إن مت أو إذا مت، ونحوه في التوضيح قال: وسواء قالها في الصحة أو في المرض، ونصه: وإن أطلق الوصية فقال متى حدث الموت أو إن مت أو إذا مت فإنها ماضية، وظاهره يعني كلام ابن الحاجب سواء كتبها في كتاب أم لا استرجعها أم لا، أما إن لم يكتبها فقال غير واحد إنها نافذة أبدا لا ينقضها إلا تغيرها قالها في صحته أو في مرضه، وإن كانت بكتاب وأشهد فيه فهي ماضية بالاتفاق، سواء أقرها عنده إلى الموت أو جعلها على يد غيره حتى مات، وأما إن قبضها من يد من جعلها على يديه، سواء قبضها في الصحة أو في المرض فحكى صاحب المقدمات الاتفاق على بطلانها. انتهى.

ثم ذكر كلام عياض المتقدم عن ابن شبلون وتأويل أبي محمد فظاهره أنه إذا قال إن مت أو إذا مت وكان مريضا أنها تنفذ ولو صح من ذلك المرض، وهكذا قال في التنبيهات، ونصه: إذا كان إشهاده في غير كتاب في المبهمة فهي ماضية أبدا لا ينقضها إلا [تغيرها*] ونسخها أشهد في مرضه أو صحته. انتهى. وهو خلاف ما قاله ابن رشد في أول رسم من سماع ابن القاسم، ونصه: إن أوصى في صحته دون سفر ولا مرض فسواء قال فيها متى مت أو إذا مت، وسواء أشهد على ذلك بغير كتاب أو بكتاب أقره عند نفسه أو وضعه عند غيره تنفذ على كل حال متى مات إلا أن يسترجع الكتاب بعد أن وضعه عند غيره فتبطل بذلك وصيته، وكذلك إن أوصى في مرض أصابه [أو عند[2145]] سفر أراده فقال في وصيته متى [ما مت،[2146]] وأما إن أوصى في مرض أصابه [أو[2147]] عند سفر أراده لغزو فقال إن مت ولم يزد أو قال من مرضي هذا، وكذلك إن أوصى في [مرض[2148]] أصابه أو عند سفر أراده لِغَزْوٍ فقال في وصيته إن مت في سفري هذا ولم يزد أو قال من مرضي هذا [أو سفري هذا[2149]] أو قال يخرج عني كذا وكذا ولم يذكر الموت بحال، فإن كان أشهد بذلك بغير كتاب لم تنفذ الوصية إلا

الحديث ....

2144 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى505 وسيد49 ومايابى262 وم120.

2145 *- في المطبوع وعند وما بين المعقوفين من يحيى505 وم120.

2146 *- في المطبوع متى مات وما بين المعقوفين من يحيى505 وم120.

2147 - في المطبوع ومايابى262 و وما بين المعقوفين من ن ذي وعدود ص371 ويحيى ص163 ويم134.

2148 - في المطبوع مريض وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 ويحيى ص163 ويم134 ومايابى262.

2149 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 وم ص120 ويم134 ومايابى262.

*- وفي يم ومايابى تغييرها.

نص خليل

كَإِيصَائِهِ بِشَيْءٍ لِزَيْدٍ ثُمَّ لِعَمْرو وَلاَ بِرَهْن وَتَزْوِيج رَقِيق وَتَعْلِيمِهِ وَوَطْءٍ وَلاَ إِنْ أَوْصَى بِثُلُثِ مَالِهِ فَبَاعَهُ كَثِيَابِهِ وَاسْتَخْلَفَ غَيْرَهَا أَوْ بِثَوْبٍ فَبَاعَهُ ثُمَّ اشْتَرَاهُ بِخِلاَفِ مِثْلِهِ وَلاَ إِنْ جَصَّصَ الدَّارَ أَوْ صَبَغَ الثَّوْبَ أَوْ لَتَّ السَّوِيقَ فَلِلْمُوصَى لَهُ بِزِيَادَتِهِ وَفِي نُقْضِ الْعَرْصَةِ قَوْلاَنِ وَإِنْ أَوْصَى بِوَصِيَّةٍ بَعْدَ أُخْرَى فَالْوَصِيَّتَانِ كَنَوْعَيْنِ وَدَرَاهِمَ وَسَبَائِكَ وَذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَإِلاَّ فَأَكْثَرُهُمَا وَإِنْ تَقَدَّمَ وَإِنْ أَوْصَى لِعَبْدِهِ بِثُلُثِهِ عَتَقَ إِنْ حَمَلَهُ الثلثُ وَأَخَذَ بَاقِيه وَإِلاَّ قُوِّمَ فِي مَالِهِ.

متن الحطاب

أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك [السفر وإن[2150]] كتب بذلك كتابا وضعه عند غيره نفذت [بكل حال متى ما مات،[2151]] وإن مات من غير ذلك المرض وفي غير ذلك السفر، واختلف قول مالك إن أقر [الكتاب[2152]] عنده فمرة قال تنفذ على كل حال متى مات، ومرة قال لا تنفذ إلا أن يموت من ذلك المرض أو في ذلك السفر وجه الأول أن إبقاءه الكتاب بعد برئه وقدومه دليل على إلغائه [التقييد بهما،[2153]] ووجه الثاني/ [اعتبار ظاهر[2154]] لفظه، والأول أظهر من جهة المعنى، والثاني من جهة اللفظ، وكذا إذا قال وهو صحيح دون مرض أصابه ولا سفر أراده إن مت في هذا العام فيخرج عني كذا وكذا وهو بمنزلة ما إذا قال إن مت في مرضي هذا أو سفري هذا.انتهى. والله أعلم. 372

ص: **كإيصائه بشيء لزيد ثم به لعمرو** ش: يعني أن من أوصى بشيء لإنسان ثم أوصى به لآخر فإنهما يشتركان فيه، وكذلك لو أوصى لواحد بثلثه ثم أوصى لآخر اشتركا فيه وكذلك لو أوصى لواحد بالثلث ثم لآخر بالنصف أو بالجميع لاشتركا في الثلث على نسبة الأجزاء .والله أعلم.

ص: **وإن أوصى بوصية بعد أخرى فالوصيتان** ش: يعني أن من أوصى لشخص بوصية ثم أوصى له بوصية أخرى، فالوصيتان له؛ يعني والوصيتان من نوع واحد وهما [متساويتان[2155]] يدل على ذلك قوله وإلا فأكثرهما، وقوله كنوعين فعلم أن فرض المسألة أولا في كلامه فيما إذا كانتا من نوع واحد وهما متساويتان؛ لأن تشبيهه بالنوعين دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد، وقوله: "فأكثرهما" دل على أن الكلام الأول فيما كان من نوع واحد مع التساوي، وقد قال في التوضيح في شرح قول ابن الحاجب: ولو أوصى لواحد بوصية بعد أخرى من صنف واحد وإحداهما أكثر فأكثر الوصيتين، وقول المصنف وإحداهما أكثر يخرج ما إذا كانتا متساويتين، وذكر الباجي في المتساويتين قولين مثل أن يوصي له بعشرة ثم بعشرة الأول لمالك وأصحابه له العددان جميعا، وحكى في المعونة أن له أحدهما لجواز التأكيد ابن زرقون وانظر قوله هذا مع قول مالك وأصحابه، وفي الموازية عن مالك من رواية ابن القاسم أن له أحدهما مثل قول عبد الوهاب.انتهى.

ص: **وإلا فأكثرهما [وإن تقدم[2156]]** ش: تصوره ظاهر./ 373

الحديث

....

[2150] – في المطبوع واختلف قول مالك إن أقر الكتاب (ويحيى ص163 إن كتب) وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 وم ص120 ويم134 وسيد ومايابى262.

[2151] *– في المطبوع بكل حال نفذت وإن وما بين المعقوفين من يحيى505 وسيد49 وم120 ومايابى262 ويم155.

[2152] – في المطبوع الكتابة وما بين المعقوفين من ن ذي ص371 وم120 ويم155 ويحيى505.

[2153] *– في المطبوع التنفيذ لها وما بين المعقوفين من يحيى505 وسيد49 وم120 ومايابى262.

[2154] – في المطبوع زائد ظاهر وما بين المعقوفين من ن عدود ص371 ويحيى ص163 ويم134 ومايابى262.

[2155] – في المطبوع متساويان وما بين المعقوفين من مايابى262 وسيد50.

[2156] *– في المطبوع إن تقدم وما بين المعقوفين من ن عدود ص372.

نص خليل وَدَخَلَ الْفَقِيرُ فِي الْمِسْكِين كَعَكْسِهِ وَفِي الأَقَارِبِ وَالأَرْحَامِ وَالأَهْلِ أَقَارِبُهُ لأُمِّهِ إن لَّمْ يَكُنْ أَقَارِبُ لأَبٍ وَالْوَارِثُ كَغَيْرِهِ بِخِلاَفِ أَقَارِبِهِ هُوَ وَأُوثِرَ الْمُحْتَاجُ الأَبْعَدُ إلاَّ لِبَيَانٍ فَيُقَدَّمُ الأَخُ وَابْنُهُ عَلَى الْجَدِّ وَلاَ يُخَصُّ وَالزَّوْجَةَ فِي جِيرَانِهِ لاَ عَبْدٌ مَعَ سَيِّدِهِ وَفِي وَلَدٍ صَغِيرٍ وَبِكْرٍ قَوْلاَنِ وَالْحَمْلُ فِي الْجَارِيَةِ إن لَّمْ يَسْتَثْنِهِ وَالأَسْفَلُونَ فِي الْمَوَالِي وَالْحَمْلُ فِي الْوَلَدِ وَالْمُسْلِمُ يَوْمَ الْوَصِيَّةِ فِي عَبِيدِهِ الْمُسْلِمِينَ لاَ الْمَوَالِي فِي تَمِيمٍ أَوْ بَنِيهِمْ وَلاَ الْكَافِرُ فِي ابْنِ السَّبِيلِ.

متن الحطاب **مسألة:** إذا قال أعطوا فلانا مائة ولم يقل مائة دينار ولا درهم فإن دل سياق كلامه على الدنانير أو الدراهم حمل عليه كأن يقول أعطوا فلانا مائة دينار ذهبا وفلانا مائة فتحمل على الذهب [أو[2157]] أعطوا فلانا مائة درهم وفلانا عشرة فتحمل على الدراهم وإن لم يدل سياق كلامه على شيء فإنه يحمل على الغالب في البلد من الدنانير أو الدراهم، فإن لم يغلب أحدهما حمل على الأقل وهو الدراهم. قاله في رسم الصلاة من سماع يحيى وفي أول رسم من سماع أصبغ من كتاب الوصايا قال: وفي معين الحكام وإن أوصى له بعين ولم يبين سكتها دفع له الأكثر جريانا فإن استوى جريهما دفع له الأقل إلا أن يتبين أنه أراد الأكثر وكذلك لو أوصى له بعدد أمداد من الطعام ولم يبين قمحا ولا شعيرا أجري الأمر على ما ذكر، وقال قبله بنحو الورقة: مسألة إذا ذكر الموصي في وصيته أن تنفذ وصيته من سكة كانت تجري [في تاريخ الوصية[2158]] ثم توفي الموصي وقد انقطعت تلك السكة فإنها تنفذ وصيته من تلك السكة التي كانت تجري يوم الوصية إلا أن يقول في وصيته إنها تكون من النقد الجاري يوم تنفيذ الوصية فيكون كما عهد فإن وقعت الوصية مسجلة يعني مطلقة، ولم يشترط صفة فإنها تكون مما يجري يوم التنفيذ وذلك بخلاف الكوالىء والدين. انتهى.

مسألة: قال في باب الوصايا من معين الحكام: إذا أوصى أن يعطى إناء فألفي مملوءا دنانير أو دراهم فإن علم الناس أنه مما يدفع فيه ذلك أعطي بما فيه وإلا أعطي الإناء وحده، وكذلك لو أوصى بزق فألفي مملوءا عسلا أو سمنا دفع له بما فيه.انتهى.

ص: **ودخل الفقير في المسكين كعكسه** ش: تصوره واضح.

374 **مسألة:** قال القرطبي في تفسير: ﴿ إنما الصدقات للفقراء والمساكين ﴾ /

المسألة الرابعة: وهي فائدة الخلاف في الفقراء والمساكين هل هما صنف واحد أو أكثر فيظهر فيمن أوصى بثلث ماله [لفلان و[2159]] للفقراء وللمساكين [فمن[2160]] قال هما صنف واحد قال يكون لفلان نصف الثلث وللفقراء والمساكين النصف الثاني، ومن قال هما صنفان قال يقسم الثلث بينهم أثلاثا. انتهى. وقال ابن عرفة: قول ابن شاس: يدخل الفقراء في لفظ المسكين والعكس. ظاهره ولو على عدم الترادف، وهو صواب إن كان الموصي عاميا، وإلا ففيه نظر.انتهى.

الحديث ....

[2157] – في المطبوع وأعطوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص373 وم ص120 ويم134 ومايابى263.

[2158] *– في المطبوع من تاريخ وما بين المعقوفين من يحيى505 وسيد50 وم120 ويم155 ومايابى263.

[2159] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 ويحيى ص163 ويم135 ومايابى263.

[2160] – في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 ويحيى ص163 وم ص120 ويم135 ومايابى263.

نص خليل وَلَمْ يَلْزَمْ تَعْمِيمُ كَغُزَاةٍ وَاجْتَهَدَ كَزَيْدٍ مَعَهُمْ وَلاَ شَيْءَ لِوَارِثِهِ قَبْلَ الْقَسْمِ وَضُرِبَ لِمَجْهُولٍ فَأَكْثَرَ بِالثُّلُثِ وَهَلْ يُقْسَمُ عَلَى الْحِصَصِ قَوْلاَنِ وَالْمُوصَى بِشِرَائِهِ لِلْعِتْقِ يُزَادُ لِثُلُثِ قِيمَتِهِ ثُمَّ اسْتُؤْنِيَ ثُمَّ وُرِثَ وَبِبَيْعِ مِمَّنْ أَحَبَّ بَعْدَ النَّقْصِ وَالإِبَايَةِ وَاشْتِرَاءٌ لِفُلاَنٍ وَأَبَى بُخْلاً بَطَلَتْ وَلِزِيَادَةٍ فَلِلْمُوصَى لَهُ وَبِبَيْعِهِ لِلْعِتْقِ نُقِصَ ثُلُثُهُ وَإِلاَّ خُيِّرَ الْوَارِثُ فِي بَيْعِهِ أَوْ عِتْقِ ثُلُثِهِ أَوِ الْقَضَاءِ بِهِ لِفُلاَنٍ فِي لَهُ وَبِعِتْقِ عَبْدٍ لاَ يَخْرُجُ مِنْ ثُلُثِ الْحَاضِرِ وُقِفَ إِنْ كَانَ لأَشْهُرٍ يَسِيرَةٍ وَإِلاَّ عُجِّلَ عِتْقُ ثُلُثِ الْحَاضِرِ ثُمَّ تُمِّمَ مِنْهُ وَلَزِمَ إِجَازَةُ الْوَارِثِ بِمَرَضٍ لَمْ يَصِحَّ بَعْدَهُ إِلاَّ لِتَبَيُّنِ عُذْرٍ بِكَوْنِهِ فِي نَفَقَتِهِ أَوْ دَيْنِهِ أَوْ سُلْطَانِهِ إِلاَّ أَنْ يَحْلِفَ مَنْ يَجْهَلُ مِثْلُهُ أَنَّهُ جَهِلَ أَنَّ لَهُ الرَّدَّ لاَ بِصِحَّةٍ وَلَوْ بِكَسَفَرٍ وَالْوَارِثُ يَصِيرُ غَيْرَ وَارِثٍ وَعَكْسُهُ الْمُعْتَبَرُ مَآلُهُ.

متن الحطاب ص: **ولم يلزم تعميم كغزاة** ش: اعلم أن الموصى له إذا كان معينا كفلان [وفلان و[2161]]أولاد فلان ويسميهم فلا خلاف أنه يقسم/ بين الجميع بالسوية ومن مات فلوارثه حصته ومن ولد لم يدخل، وإن كان الموصى لهم مجهولين غير محصورين كالفقراء والمساكين والغزاة وبني تميم وبني زهرة ونحوهم مما لا يمكن الإحاطة بهم فلا خلاف أنه لا يلزم تعميمهم ولا التسوية بينهم بل [يقسم بينهم[2162]] بالاجتهاد ويكون لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد أو قدم قبله استحق، وإن كان الموصى لهم يمكن حصرهم ولكن الميت لم يعينهم كقوله [لأولاد فلان أو لإخوتي وأولادهم أو لأخوالي[2163] وأولادهم ونحو ذلك فاختلف فيه على قولين فقيل إنهم كالمعينين يقسم بينهم بالسوية، ومن مات قبل القسم فنصيبه لوارثه ومن ولد بعد موت الموصي لم يدخل، وقيل كالمجهولين من مات قبل القسم لم يستحق، ومن ولد استحق ويقسم بينهم بالاجتهاد، وذكر ابن القاسم في المدونة أنه لمن حضر القسم ولا شيء لمن مات قبله ومن ولد قبله دخل ثم ذكر أنه يقسم بينهم بالسوية، ففهم سحنون أن لابن القاسم قولين وجعله خلافا.

375

وقال ابن يونس: ليس بخلاف،/ بل مذهبه أنه لمن حضر القسم وأنه يقسم بالسوية. قال: وهو قول مالك وهذا هو الظاهر. انظر ابن يونس وأبا الحسن، وانظر الرجراجي فإن كلامه يقتضي أن المشهور أنه لمن حضر القسم إن كان أولاد فلان فلا يمكن زيادتهم، وانظر الشامل فيمن أوصى لقرابته.

376

فرع: فقراء الرباط والمدرسة الظاهر أنهم من هذا القسم. والله أعلم.

ص: **ولزم إجازة الوارث بمرض** ش: يعني إذا أوصى الميت بأكثر من الثلث أو لوارث كما فرض المسألة في التوضيح.

ص: **والوارث يصير غير وارث وعكسه المعتبر مآله** ش: مثال الصورة الأولى إذا أوصى لأخيه ولا ولد له ثم ولد له أو أوصت المرأة لزوجها ثم أبتها، ومثال العكس أن يوصي لامرأة ثم يتزوجها أو يوصي لأخيه وله ولد فيموت الولد ويصير الأخ هو الوارث، وجعل الشارح في الكبير مثال الثانية ما

الحديث ....

[2161] – في المطبوع كفلان أو وما بين المعقوفين من ن عدود ص374 ويم135 ومايابى263.

[2162] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص375 ويحيى ص163 وم ص120 ويم135 ومايابى263.

[2163] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص375 ومايابى263 (يم ص135 كقوله لأولاد فلان أو لأخوالي وأولادهم أو لأخوالي) (يحيى ص163 كقوله لأولاد فلان ولإخوتي أو لأولادهم أو لأخوالي) (م ص120 كقوله لأولاد فلان أو لأخوتي أو أولادهم أو لأخوالي).

نص خليل وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ وَاجْتَهَدَ فِي ثَمَنِ مُشْتَرَى لِظِهَارٍ أَوْ لِتَطَوُّعٍ بِقَدْرِ الْمَالِ فَإِنْ سَمَّى فِي تَطَوُّعٍ يَسِيرًا أَوْ قَلَّ الثلثُ شُورِكَ بِهِ فِي عَبْدٍ وَإِلاَّ فَآخِرُ نَجْمِ مُكَاتَبٍ وَإِنْ عَتَقَ فَظَهَرَ دَيْنٌ يَرُدُّهُ أَوْ بَعْضَهُ رُقَّ الْمُقَابِلُ وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ اشْتِرَائِهِ وَلَمْ يُعْتَقْ اشْتُرِيَ غَيْرُهُ لِمَبْلَغِ الثلثِ.

متن الحطاب إذا أوصت لزوجها ثم أبتها وهو سهو فإنه مثال للأولى، وغره في ذلك ما يتبادر من كلام التوضيح فإن المتبادر للفهم منه كما قال الشارح، لكن يمكن رده إلى الصواب بالتأمل، بخلاف كلام الشارح.

ص: **ولو لم يعلم** ش: هذا الخلاف في الصورة الأولى وهي ما إذا أوصى لوارث ثم صار غير وارث، وأما الثانية فلا يتصور فيها وجود الخلاف.

ص: **فإن سمى في تطوع يسير أو أقل الثلث** ش: احترز بالتطوع من الظهار. قال في التوضيح: قال اللخمي: ويطعم به في الظهار، فإن فضل منه عن الإطعام فضلة كان الفاضل لهم. انتهى. وعبارة التبصرة أوفى مما نقله في التوضيح، ونصه: وإن لم يبلغ ذلك وكان العتق عن ظهار أطعم عنه إن [وفى[2164]] بالإطعام أو ما بلغ منه، وإن كان فوق الإطعام ودون العتق أطعموا وكان الفاضل لهم، وهذا هو القياس، والاستحسان يتصدق بالفاضل، وإن كان العتق عن قتل [اشترك بما ينوب العتق في رقبة[2165]] كالتطوع. انتهى.

377 ص: **وإلا فآخر نجم مكاتب** ش: هكذا في المدونة./ والظاهر أنه لا فرق بين الأول والآخر، ولفظ اللخمي: قال مالك: ويعان به مكاتب، ولا يقال إنما اشترط الأخير لأنه إذا أدى أو لا فقد يعجز فلا يحصل العتق المقصود؛ لأنا نقول إن عجز يؤخذ ذلك من سيده لأنه إنما يدفع للمكاتب لقصد العتق لا لقصد الصدقة، نعم آخر نجم أولى [لأنه يشبه[2166]] أنه ما عتق إلا بسببه، [وللأمن من المخاصمة[2167]] بعد عجزه. والله أعلم.

ص: **وإن مات بعد اشترائه ولم يعتق اشترى غيره لمبلغ الثلث** ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: ومن أوصى بنسمة تشترى للعتق لم تكن[2168] بالشراء حرة حتى تعتق لأنه لو قتله رجل أدى قيمته عبدا وأحكامه في جميع أحواله أحكام العبد حتى يعتق. انتهى. قال اللخمي في تبصرته: وإن قال فإذا اشتريتموها فهي حرة كانت حرة بنفس الشراء. انتهى. ونقله أبو الحسن الصغير وقبله. ثم قال في المدونة: فإن مات بعد الشراء وقبل العتق كان عليهم أن يشتروا رقبة أخرى ما بينهم وبين مبلغ الثلث. انتهى. وظاهره فرطوا في تأخير العتق أو لم يفرطوا، ولم أر من نص على ذلك بالإطلاق أو التقييد، وفي سماع عيسى في رسم لم يدرك من كتاب الوصايا الثاني ما نصه: وسألته عن الرجل يوصي أن يشترى من ماله رقبة، وذكر أنها واجبة عليه فابتاعوا رقبة قبل أن يقسم ماله فمات العبد

الحديث ....

[2164] *- في المطبوع وافى والمثبت يحيى506 ومايابى264 وم120 ويم156.

[2165] *- في المطبوع اشترى بما ينوب القتل في رقبته وما بين المعقوفين من يحيى506 وسيد50 وم120 ويم156 ومايابى264.

[2166] - في المطبوع لأنه لا يشبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص377 ويحيى ص164 وم ص121 ويم135 ومايابى264.

[2167] - في المطبوع والأمر من المخاصم وما بين المعقوفين من ن عدود ص377 ويحيى ص164 وم ص121 ويم135 ومايابى264.

[2168] *- وعبارة التهذيب ج4 ص229 تشترى فتعتق لم تكن ص377.

نص خليل وَبِشَاةٍ أَوْ بِعَدَدٍ مِن مَالِهِ شَارَكَ بِالْجُزْءِ وَإِن لَّمْ يَبْقَ إِلاَّ مَا سَمَّى فَهُوَ لَهُ إِنْ حَمَلَهُ الثلثُ.

متن الحطاب أو جنى جناية تحيط برقبته قبل أن ينفذ عتقه. قال ابن القاسم: إذا مات فإنه يرجع أيضا في المال فيخرج مما بقي ثمن رقبة [فتشترى[2169]] فيعتق إن حمل [ثلث[2170]] ما بقي بعد موت الغلام ما يكون فيه رقبة أو ما كان من ثلثه، وكذلك لو أخرج ثمنه فسقط، وأما إذا جنى خير الورثة في أن يسلموه ويبتاعوا من ثلث ما بقي عبدا وأن يفتكوه فيعتقوه، وكذا يرجع أبدا في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه أو يقسم المال، فإن قسم وقد اشتري وأخرج ثمنه فذهب فلا شيء على الورثة إلا أن يكون معه في الثلث أهل وصايا قد أخذوا وصاياهم فيؤخذ مما أخذوا مما يبتاع به رقبة لأنه لا تجوز وصيته ولم ينفذ إلا أن يكون معه في الوصية من الواجب ما هو مثله فيكون في الثلث سواء، وإن بقي في أيدي الورثة من الثلث ما يبتاع به رقبة ثم أخذ ذلك من أيديهم بعد القسم وابتيع به رقبة وأنفذ لأهل الوصايا وصاياهم ولا يكون لهم من الثلث شيء وثم وصايا لم تنفذ.

قال ابن رشد: قوله إذا مات العبد قبل أن يعتق أنه يرجع في ثلث ما بقي بعد العبد فيشتري به عبدا آخر فيعتق إن كان المال لم يقسم، وإن كان قد قسم لم يرجع على الورثة إلا إن بقي في أيديهم من الثلث بعد العبد الذي كان اشترى للعتق فمات استحسان لا يحمله القياس؛ لأن الحقوق الطارئة على التركة لا يسقطها قسمة المال، وقد روى أصبغ عن ابن القاسم أنه يرجع إلى ما بقي من المال فيخرج ثلثه ويكون ذلك كشيء لم يكن لا يحتسب[2171] في ثلث، ولم يفرق بين أن يكون المال قد قسم أو لم يقسم، وهو ظاهر ما في كتاب الوصايا الأول من المدونة، ومن الناس من ذهب إلى أنه يفسر ما في المدونة بما وقع في هذه الرواية من الفرق بين أن يقسم المال أو لا يقسم، وهو قول أصبغ، وليس ذلك بصحيح؛ لأن الأولى أن يحمل الكلام على الظاهر مما هو القياس، ولا يعدل به عن ظاهره بالتأويل إلى ما ليس بقياس، وإنما هو استحسان، وكذلك قوله إنه يرجع في ثلث ما بقي ما لم ينفذ عتقه يريد أنه إذا نفذ عتقه فاستحق بعد العتق لا يرجع في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته وإن لم يقسم المال، وإنما يرجع فيما [بقي من الثلث[2172]] بعد قيمته هو استحسان أيضا على غير قياس، والذي يوجبه النظر بالقياس على الأصول أن يرجع أيضا إذا استحق العبد بعد أن عتق في ثلث ما بقي من التركة بعد قيمته؛ قسم المال أو لم يقسم. انتهى.

ص: وبشاة أو عدد من ماله [شارك[2173]] بالجزء ش: يعني أن من أوصى لشخص بشاة أو بعدد من ماله فإنه يشارك بالجزء، ومعنى/ يشارك بالجزء أنه يكون شريكا بنسبة تلك الشاة من الغنم أو بنسبة ذلك العدد من الغنم، فإن أوصى له بشاة ومات عن خمس فله الخمس وإن أوصى له بثلاثة فله ثلاثة أخماس من الغنم فتقوم ويأخذ الموصى له [ذلك[2174]] الجزء من الغنم، سواء كان عدده قدر 378

الحديث

2169 *- في المطبوع فيشترى وما بين المعقوفين من م121 وسيد50 ومايابى265 ويم156.

2170 *- في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من البيان ج13 ص130.

2171 *- في يحيى506 ويم156 ومايابى265 لم يكن لا يحسب م121 لم يكن ولا يحسب ص377.

2172 - في المطبوع بقي من من الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص377 ويحيى ص164 وم ص121 ويم135 ومايابى265.

2173 - في المطبوع يشارك وما بين المعقوفين من مايابى265 وسيد50 ويم156.

2174 - في المطبوع بذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص378 ويحيى ص164 وم ص121 ويم135 ومايابى265.

نص خليل لاَ ثلثُ غَنَمِي فَتَمُوتُ وَإِن لَمْ يَكُن لَهُ غَنَمٌ فَلَهُ شَاةٌ وَسَطٌ وَإِنْ قَالَ مِنْ غَنَمِي وَلاَ غَنَمَ لَهُ بَطَلَتْ كَعِتْقِ عَبْدٍ مِنْ عَبِيدِهِ فَمَاتُوا وَقُدِّمَ لِضِيقِ الثلثِ فَكُّ أسِيرٍ ثمَّ مُدَبَّرُ صِحَّةٍ ثمَّ صَدَاقُ مَرِيضٍ.

متن الحطاب الذي أوصى به الميت أو أكثر أو أقل بالقرعة. هذا قول ابن القاسم لكنه لم يراع الجزء يوم الموت مطلقا، بل راعاه بشرط أن تبقى الغنم إلى يوم التنفيذ، فإن لم تبق الغنم على عددها بل نقصت فله نسبة ذلك العدد إلى الموجود يوم التنفيذ، فإن لم يبق إلا ذلك العدد أخذه الموصى له إن حمله الثلث. قال في أول الوصايا الأول [من المدونة:[2175]] قال غير ابن القاسم ما مات أو تلف قبل النظر في الثلث [فكأن[2176]] الميت لم يتركه. انتهى. قال أبو الحسن: ظاهره فرطوا أم لا، وقول الغير تفسير وتتميم. انتهى. فلو أوصى له بعشرة من غنمه وهي خمسون ثم تلف منها عشرون فله ثلث الثلاثين الباقية وإن بقي عشرون فله نصفها، وإن بقي خمسة عشر فله ثلثاها، [وإن[2177]] بقي عشرة أخذها [إن[2178]] حمل ذلك الثلث، فإن لم يبق من الغنم شيء أو استحقت كلها فلا شيء له. نص عليه ابن عرفة ونحوه في التوضيح، وفي المدونة أول الوصايا ما يدل كالصريح لمن تأمل.

ص: **لا ثلث غنمي فتموت** ش: يريد فيموت غالبها وتبقى بقية فليس للموصى له إلا ثلث الباقي. والله أعلم.

فرع: قال ابن عرفة: الشيخ: من أوصى لرجل بعشر شياه من غنمه ومات وهي ثلاثون فولدت بعده فصارت خمسين له خمسها. قاله أشهب مرة، ومرة قال له من الأولاد بقدر ماله من الأمهات إن كانت الأمهات عشرين أخذ عشرا من الأمهات ونصف الأولاد إن حمله الثلث أو ما حمل منها. انتهى.

ص: **وقدم لضيق الثلث** ش: قال ابن عرفة: والمخرج من ثلثه الوصايا وتبرعات مرض موته، فإن ضاق ونص على تقدم شيء على شيء له رده قدم عليه، وتقدم القول فيه وما ذكره الباجي فيه وإلا قدم الآكد. انتهى. وكلام الباجي قبل هذا الكلام بنحو الأربع ورقات وهو يحتاج إلى تأمل، وهو كلام ابن رشد في المقدمات، ونصه: وإذا ضاق الثلث عن الوصايا يبدأ بالآكد فالآكد والأقدم فالأقدم وما كان بمنزلة واحدة في التأكيد تحاصوا في الثلث وإن كان بعضها أقدم من بعض، إلا أن ينص الموصي على تقدم بعضها على بعض فيبدأ بالذي نص على تبدئته اتباعا لوصيته وإن كان غيرها من الوصايا آكد ما لم يكن مما يجوز الرجوع عنه كالمبتل في المرض والمدبر فيه أو في الصحة. انتهى.

379 ص: **ثم مدبر صحة** ش: قال في كتاب المدبر منها: ومن مات وترك مدبرين فإن كان دبر/ واحدا بعد واحد في صحة أو في مرض، أو دبر في مرض ثم صح [فدبر، ثم[2179]] مرض [فدبر فذلك[2180]] سواء، ويبدأ الأول فالأول إلى مبلغ الثلث، فإن بقي أحد منهم رق، ولو دبرهم في كلمة

الحديث ....

[2175] – ساقطة من المطبوع ومايابى265 ويحيى ص165 ويم ص135 وم121 وما بين المعقوفين من ن عدود ص378.

[2176] – في المطبوع كان وما بين المعقوفين من ن عدود ص378 ويحيى ص165 وم ص121 ويم135 ومايابى265.

[2177] *– في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من يحيى507.

[2178] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص378 ويحيى ص165 وم ص121 ويم135 ومايابى265.

[2179] *– في المطبوع فدبر في صحته ثم ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج2 ص141.

نص خليل ثمَّ زَكَاةُ أَوْصَى بِهَا إلاَّ أَنْ يَعْتَرِفَ بِحُلُولِهَا وَيُوصِيَ فَمِنْ رَأسِ الْمَالِ.

متن الحطاب في صحة أو مرض عتق جميعهم إن حملهم الثلث، وإن لم يحملهم لم يبدأ أحدهم على صاحبه، ولكن يفض الثلث على جميعهم بالقيمة فيعتق من كل واحد حصته منه، وإن لم يدع [غيرهم[2181]] عتق ثلث كل واحد ولا [يسهم[2182]] بينهم بخلاف المبتلين في المرض. انتهى. قال في هذا المحل من التوضيح: هو المشهور، وقيل يقرع بينهم. انتهى.

ص: ثم زكاة أوصى بها ش: يعني ثم زكاة فرط فيها وأوصى بها في مرضه، أما لو لم يفرط فيها فهي المسألة الآتية في قوله: إلا أن يعترف إلى آخره، وأما لو أقر في صحته وأشهد بها فإنها من رأس ماله كما سيأتي في أول باب الفرائض، ولو فرط فيها ولم يوص بها في مرضه فلا تخرج من ثلثه ولا غيره. قال في التوضيح: ولو قال في مرضه سأخرجها. انتهى. ومراد المؤلف زكاة الأموال، سواء كانت عينا أو حرثا أو ماشية. قال في المنتقى: قال في كتاب ابن المواز: زكاة المال والحب والماشية سواء، يحاص فيها عند ضيق الثلث. انتهى.

ص: إلا أن يعترف بحلولها ويوصي فمن رأس المال ش: هذه هي الزكاة التي لم يفرط فيها وفرق المؤلف بين العين وغيرها فشرط في العين أن يعترف بحلولها ويوصي بالمال أما اشتراط الاعتراف فتبع فيه ابن الحاجب، وقد اعترضه في توضيحه، وكذلك ابن عبد السلام وابن عرفة، ونص ابن عرفة: قول ابن الحاجب إن اعترف بحلولها حينئذ [و[2183]]أنه [لم[2184]] يخرجها فمن رأس ماله خلاف اقتضاء ظاهر الروايات شرط علم حلولها حينئذ من غيره، ولصحة تعليل الصقلي ما أخر منها في الثلث [بكونه[2185]] لم يعلم إلا من قبله. انتهى. قال في التوضيح: قال ابن عبد السلام: ظاهر كلامه أنه يكتفى في هذا باعتراف الموصي، سواء عرف ذلك من غيره أم لا، وفي موافقته للرواية نظر؛ أي لأن في المدونة فما عرف من هذا انتهى. وأشار إلى قوله في الوصايا الأول: فأما المريض يحل حول زكاته أو [يقدم[2186]] عليه مال حال [حوله[2187]] فما عرف من هذا فأخرجه [في[2188]] مرضه أو أمر بذلك ثم مات فإنها [فارعة[2189]] من رأس ماله، فإن لم يأمر بها لم يقض بها على الورثة وأمروا بغير قضاء. انتهى. وأما اشتراط الإيصاء فهو مذهب المدونة كما علمت الآن. والله أعلم. وقوله في المدونة: "فارعة" هو بالعين المهملة؛ أي خارجة ولها حكاية. قال المشذالي في [حاشيته:[2190]] قوله:

الحديث ....

[2180] *- في المطبوع فدبر في مرضه فذلك ما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في التهذيب ج2 ص141.

[2181] - في المطبوع ومايابى266 ويحيى ص165 وم ص121 إلا هم وما بين المعقوفين من التهذيب، ج2 ص541 وصوبه الشيخ محمد سالم.

[2182] - في المطبوع سهم يحيى ص165 وم ص121 وما بين المعقوفين من ن ذي ص379 ويم ص136 ومايابى266.

[2183] - ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص379 ويم ص136 ومايابى266.

[2184] - في المطبوع لا وما بين المعقوفين من يم157 ومايابى266.

[2185] *- في المطبوع لكونه وما بين المعقوفين من م122 وسيد50 ومايابى266 ويم157.

[2186] - في المطبوع مقوم وما بين المعقوفين من مايابى266 ويم157 والتهذيب، ج4 ص255.

[2187] - في المطبوع حلوله وما بين المعقوفين من ن عدود ص379 ومايابى266.

[2188] - في المطبوع من وما بين المعقوفين من التهذيب ج4 ص255.

[2189] - في المطبوع ومايابى266 فارغة وما بين المعقوفين من ن عدود ص379 ويحيى ص165 ويم136.

[2190] *- في المطبوع حاشية وما بين المعقوفين من م122 وسيد50 ومايابى266 ويم157 ويحيى507.

نص خليل

كَالْحَرْثِ وَالْمَاشِيَةِ وَإِن لَّمْ يُوص ثمَّ الْفِطْرُ ثمَّ كَفَارَة ظِهَارٍ وَقَتْلٍ وَأقْرِعَ بَيْنَهُمَا ثمَّ كَفَّارَةُ يَمِينِهِ ثمَّ فِطْرُ رَمَضَانَ ثمَّ لِلتَّفْرِيطِ ثمَّ النَّذْرُ ثمَّ الْمُبَتَّلُ وَمُدَبَّرُ الْمَرَضِ.

متن الحطاب

"فارغة من رأس المال" كتب بعض الموثقين الأندلسيين وثيقة في المدبر، وذكر فيها فارغا من رأس المال؛ يعني بالمعجمة، فدخل بها على بعض القضاة فقال له القاضي: هل عندك من غريب؟ فأخرج الوثيقة فطفق يقرؤها حتى بلغ فارغا، فاستعاده القاضي، فأعاد فقال له: صحفت يا فقيه؟ فتأمل. فقال: كذا رويتها وضبطتها عن أشياخي وكذا هي في الأمهات. فقال له القاضي: كل كتاب وقعت فيه كذلك أو شيخ رواها كذلك فقد أخطأ، فخرج من عنده ولم يفهمه جوابها، فتحير الطالب الموثق، فبعث أسئلة إلى قرطبة وضواحيها فاضطربت أجوبتهم فيها، فقال بعضهم يصح فيها الوجهان، وقال بعضهم بالغين المعجمة، وقال بعضهم بالمهملة ثم [رجع[2191]] إلى القاضي، فقال القاضي: كلهم أخطؤا اللفظ بالمهملة، وأول من صدرت عنه مولانا عمر بن الخطاب رضي الله عنه.

قلت: هذا الموثق إن كان بعد عياض فهو قاصر، وقد نص عليها عياض في العتق الأول والعارية، وإن كان قبله فقد نص عليها صاحب الغريبين في باب الفاء.

ص: **كالحرث والماشية وإن لم يوص** ش: سيأتي الكلام عليها محررا في أول الفرائض إن شاء الله. والله أعلم.

ص: **ثم عتق ظهار وقتل** ش: يعني قتل الخطإ كما قيده في المقدمات والباجي وغيرهما.

380

قال الباجي: وأما العمد فقد روى ابن المواز عن ابن القاسم أن كفارة الظهار مقدمة؛ إذ/ ليست بواجبة في العمد.انتهى. ونقله ابن عرفة. والله أعلم.

ص: **وأقرع بينهما** ش: هذا أحد أربعة أقوال في المسألة نقلها في المقدمات وغيرها. قال في المقدمات: وذلك يعني الخلاف إذا لم يكن في الثلث إلا رقبة واحدة، وأما إذا كان في الثلث رقبة وإطعام فيعتق الرقبة في القتل ويطعم عن الظهار باتفاق. انتهى. والله أعلم.

ص: **ثم لفطر رمضان** ش: قال البساطي: بالأكل والشرب، فإن قلت: قيدت ذلك بالأكل والشرب لماذا؟ قلت: الكفارة بالجماع مجمع عليها، وكأن ذلك مقصود أهل المذهب حيث لا يقولون إلا كفارة الفطر. انتهى. وهذا الذي قاله غير ظاهر؛ لأن [الفطر[2192]] يعم [ذلك،[2193]] ولم أر أحدا قيده بما قال، فالصواب حمله على الإطلاق. والله أعلم.

ص: **ثم المبتل ومدبر المرض** ش: يعني أنهما في مرتبة واحدة، فإن لم [يحملهما[2194]] الثلث تحاصا. قال في التوضيح: وهذا إذا [كانا[2195]] في فور واحد ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ[2196]] بالأول لأنه ثبت له ما لا رجوع فيه أشهب والكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظة الواحدة، وقال ابن القاسم ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. انتهى. وقال

الحديث

....

2191 *- في المطبوع رجعوا وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ عدود ص379 ومايابى267.

2192 *- في المطبوع المفطر وما بين المعقوفين من م122 وسيد50 ويحيى508 ومايابى267 ويم157.

2193 - في المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص380 ويحيى ص166 وم ص122 ويم136 ومايابى267.

2194 *- في المطبوع يحملها وما بين المعقوفين من يحيى508 وسيد50 ومايابى267 ويم157.

2195 - في المطبوع كان وما بين المعقوفين من سيد50 ومايابى267.

2196 *- في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م122 ومايابى267 ويحيى508.

نص خليل

ثُمَّ الْمُوصَى بِعِتْقِهِ مُعَيَّنًا عِنْدَهُ أَوْ يُشْتَرَى أَوْ لِكَشَهْرٍ أَوْ بِمَالٍ فَعَجَّلَهُ.

متن الحطاب

ابن عرفة: الباجي: هذا إذا كان في لفظ واحد أو في حكم اللفظ الواحد. قال في الموازية والعتبية والمجموعة: إن كانا في كلام واحد في مرضه فقال هذا مدبر وهذا حر بتلا تحاصا، وقاله ابن القاسم، ولو بدأ بأحدهما ثم ذكر الآخر [بدئ[2197]] بالأول لأنه ثبت له ما لا يرجع فيه، ولأشهب في المجموعة الكلام المتصل لا صمات فيه كاللفظ الواحد، ولابن القاسم في الواضحة ما كان في كلمة واحدة وفور واحد فهما معا، وما كان في فور بعد فور فالأول مبدأ. قال أشهب: إن قال فلان حر بتلا ثم سكت سكوتا يعرف أنه لم يرد غيره ثم [يبدو له فبتل[2198]] غيره بدىء الأول فالأول. اهـ. وكلام أشهب هذا الأخير هو الذي أشار إليه المؤلف بقوله آخر العتق: "إلا أن يرتب فيتبع". والله أعلم. وكذلك إذا دبر واحدا بعد واحد في كلمة واحدة الحكم واحد، وقد تقدم في لفظ المدونة. قال في المقدمات: والنذر الذي يوجبه على نفسه في المرض ينبغي أن يكون بمنزلة المبتل في المرض والمدبر فيه. انتهى.

381

ص: ثم الموصي بعتقه معينا ش: لم يتكلم المؤلف رحمه الله تعالى على صدقة/ المريض المبتلة قال ابن عرفة: وقال ابن دينار صدقة المبتل مقدمة على الوصية بعتق معين إذ له أن يرجع عنه، وقاله المغيرة وعبد [الملك.[2199]] قال سحنون: كانت العطية قبل وصيته أو بعدها، وروى ابن القاسم أن مالكا توقف في تبدئة صدقة المبتل على الوصايا، وكذلك في العتبية، وتبدأ أحب إلي وأما على العتق بعينه فيبدأ العتق. ابن زرقون: الذي في سماع ابن القاسم من الوصايا أن الوصية يحاص بها مع صدقة المريض، وفي كتاب المرابحة من العتبية الصدقة مبدأة. انتهى. وفي رسم طلق بن حبيب من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا بعد أن ذكر الرواية.

قال ابن رشد: ظاهر هذه الرواية أن السؤال فيها إنما هو عن الوصية بالصدقة والوصية على سبيل العطية فقال إنهما يتحاصان، ولا خلاف أحفظه في ذلك، وقد رأيت لابن دحون أنه قال قد قيل إن الصدقة تقدم على الوصية لأنها للفقراء والوصية للأغنياء، ولا أعرف هذا القول، ولا وجه له؛ إذ قد يتصدق على الغني ويعطى [الفقير،[2200]] ويلزم أن تبدأ الوصية للفقير على الوصية للغني وذلك خلاف الإجماع، وإنما الاختلاف المعلوم في الصدقة المبتلة في المرض والوصية هل يتحاصان، أو تبدأ الصدقة المبتلة من أجل أنه إن صح لزمته؟ فروى الحارث عن ابن وهب قال: سمعت مالكا يقول في الرجل يتصدق بالصدقة في مرضه ويوصي لناس بوصايا ثم يموت فيريد أهل الوصايا أن يدخلوا على المتصدق عليه قال: لا أرى ذلك لهم؛ لأنه لو عاش ثم أراد أن يرجع في صدقته لم يكن له ذلك، ومثل هذا في المختصر الكبير لابن عبد الحكم عن مالك، ومثل هذا في كتاب ابن حبيب، وقد اختلف

الحديث

....

2197 *- في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من م122 يحيى508 وسيد50.

2198 - في المطبوع يبدأ له (يحيى ص166 فيبتل)(م ص122 تبتل) (يم ص136 اتبتل)وما بين المعقوفين من ن عدود ص380 ومايابى267 (يبدوا له بتبتل)

2199 - في المطبوع الوهاب وما بين المعقوفين من ن عدود ص381 ويحيى ص166 وم ص122 ويم136 ومايابى267.

2200 *- في المطبوع للفقير وما بين المعقوفين من يحيى508 والبيان ج12 ص448.

نص خليل ....

متن الحطاب قول مالك في هذا الأصل. انتهى. فحاصله أن الصدقة المبتلة ومثلها العطية المبتلة يقدمان على الوصايا على القول المروي عن مالك وعن أكثر أصحابه، وهل يقدمان على الموصى بعتقه؟ اختار ابن القاسم تبدئة الموصى بعتقه. والله أعلم. وهل تحتاج العطية في المرض إلى حوز؟ ففي المنتقى عدم احتياجها. انظره فيه بعد. يشير[2201] –والله أعلم– إلى قول الباجي في المنتقى في الوصايا في ترجمة الوصية في الثلث في شرح قوله في الحديث: {[أفأتصدق بثلثي[2202]] مالي؟ قال: لا[1]} [فصل[2203]] إن حملنا قوله [أفأتصدق[2204]] [بثلثي مالي[2205]] على بتل الصدقة في المرض والنبي عليه السلام منع من ذلك، وعلى هذا فقهاء الأمصار أنه لا يجوز للمريض أن يبتل من ماله إلا ثلثه بصدقة أو هبة أو عتق أو محاباة في بيع، فإن زاد على ذلك فالزيادة موقوفة، فإن أفاق من مرضه ذلك لزمه جميعه، وإن مات من مرضه ذلك فحكمه حكم الوصية إن أجازه الورثة، وإلا رد إلى الثلث، ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة لأن حكمه حكم الوصية، وشذ أهل الظاهر وقالوا يلزمه الجميع إذا قبض الهبة أو الصدقة. انتهى. والمراد منه قوله: ولا يعتبر في ذلك قبض الهبة؛ لأن حكمه حكم الوصية، والوصية لا يشترط فيها الحوز. فتأمل ذلك. والله أعلم. وألحق صاحب المقدمات بهذه الأربعة التي ذكرها المؤلف الموصى له بكتابته إذا عجل الكتابة. والله أعلم.

فرع: جعل ابن رشد في نوازله الموصى بتحبيسه مع الموصى [له[2206]] بالثلث في مرتبة واحدة، ونقله البرزلي، وانظر الحبس المبتل في المرض هل يبدأ على الوصايا بمال؟ فإن في كلام ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الحبس إشارة إلى ذلك، ونصه في شرح مسألة من حبس في مرضه دارا له وجعلها بعد حبسه في سبيل الله فأراد أن يغير ذلك في مرضه أذلك له؟ قال: نعم ذلك له. ونصه: قوله إن له أن يغير [ذلك[2207]] في مرضه يريد فينفذ تغييره، ويبطل الحبس إن مات من مرضه، وأما إن صح فيلزمه الحبس ويحكم به عليه، وإن كان قد رجع عنه وغيره في مرضه، ووجه كونه له أن يغير ذلك في مرضه أنه لما كان الحبس لا ينفذ [إن[2208]] مات من مرضه إلا من الثلث حكم له بحكم الوصية في أن له أن يرجع فيه، فعلى قياس هذا إن مات من مرضه قبل أن يغير حبسه وقد أوصى بوصايا مال فلم يحمل/ ذلك ثلثه تحاصا في الثلث، ولم يبدأ الحبس المبتل في المرض على الوصية بالمال، وهذا أصل اختلف فيه قول مالك فيمن بتل عتق عبد له في مرضه، وأوصى بعتق عبد له آخر فروى ابن القاسم وابن وهب عن مالك المبتل في المرض يبدأ على الموصى بعتقه؛ أخذ بذلك ابن القاسم وابن وهب وابن عبد الحكم وابن دينار، وإياه اختار ابن المواز،

382

الحديث 1 – الموطأ، رقم الحديث 1495 دار الفكر
– والبخاري كتاب الجنائز دار الفجر رقم الحديث 1295
– ومسلم كتاب الوصية دار إحياء التراث العربي رقم الحديث 1628

2201 *– في يحيى508 انظره فيه لعله يشير.
2202 *– في المطبوع إياهم وثلث وما بين المعقوفين من يحيى508 ومن المنتقى ج8 ص94.
2203 *– في المطبوع فضل وما بين المعقوفين من يحيى508 ومن المنتقى ج8 ص4
2204 – في المطبوع انا أتصدق وما بين المعقوفين من يحيى508.
2205 *– في المطبوع بثلث وفي يحيى508.
2206 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص381 ويحيى ص166 وم ص122 ويم137 ومايابى268.
2207 *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من م122 وسيد51 ويحيى508 ومايابى268 ويم158.
2208 – في المطبوع من وما بين المعقوفين من ن عدود ص381 ومايابى268 يم158 م122 ويحيى508.

نص خليل ثمَّ الْمُوصَى بِكِتَابَتِهِ وَالْمُعْتَقُ بِمَالٍ وَالْمُعْتَقُ إِلَى أَجَلٍ بَعُدَ ثمَّ الْمُعْتَقُ لِسَنَةٍ عَلَى أَكْثَرَ ثمَّ بِعِتْقٍ لَمْ يُعَيَّنْ ثمَّ حَجٌّ إلاَّ لِصَرُورَةٍ فَيَتَحَاصَّانِ كَعِتْقٍ لَمْ يُعَيَّنْ وَمُعَيَّنٍ غَيْرِهِ وَجُزْئِهِ وَلِلْمَرِيضِ اشْتِرَاءُ مَنْ يَعْتِقُ عَلَيْهِ.

متن الحطاب فعلى هذا لا يجوز للمريض تغيير ما حبسه في مرضه ولا [ما[2209]] بتل عتقه فيه، وروى أشهب عن مالك أنهما يتحاصان المبتل في المرض والموصى بعتقه فيه. قال ابن المواز: وقد نقل لي بعض أصحاب مالك أن مالكا رحمه الله رجع إلى هذا القول، وعليه لقي الله عز وجل، فقوله في هذه الرواية إن له أن يغير حبسه الذي حبسه في مرضه يأتي على قول مالك هذا الذي رجع إليه من أنهما يتحاصان، ولا يبدأ المبتل في المرض على الموصى بعتقه. انتهى. فالمقصود من كلامه قوله فعلى قياس هذا [إن مات[2210]] من مرضه قبل أن يغير حبسه إلى قوله على الوصية بالمال.

ص: ثم الموصى بكتابته [والمعتق بمال والمعتق لأجل بعيد[2211]] ش: يعني أن العبد الموصى بكتابته ولم يعجلها والموصى بعتقه على مال ولم يعجله، والمعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، وقوله: "ثم لسنة على الأكثر" يعني وأما [المعتق[2212]] لسنة فيقدم على المعتق لأكثر منها وما معه وكانت الواو هنا أولى من ثم، ويشير إلى ما نقل في التوضيح عن عبد الحق، وقدم عبد الحق المعتق إلى سنة على المكاتب، وجعل المكاتب يتحاص مع المعتق إلى أجل بعيد كعشر سنين، ومع المعتق على مال فلم يعجله. انتهى. وبهذا يستقيم كلام المؤلف. والله أعلم.

ص: ثم عتق لم يعين ثم حج ش: يعني أن العتق غير المعين يلي ما تقدم ويقدم على الحج ثم الحج بعد ذلك.

ص: إلا لصرورة فيتحاصان ش: أي إلا أن يكون الحج عن صرورة فإنه يكون بمنزلة العتق غير المعين.

ص: كعتق لم يعين ومعين غيره وجزئه ش: [يعني[2213]] كما أن العتق غير المعين يكون مع [حج[2214]] الصرورة في رتبة واحدة، ويتحاصان كذلك يكون العتق غير المعين مع معين غير العتق. قال في التوضيح: والمراد به العدد المسمى كعشرة دنانير ونحوها انتهى [يريد[2215]] وكذلك العبد والدابة والثوب [والدار/[2216]] والكتاب ونحوها مع جزء أي جزء غير [العتق[2217]] كربع المال وسدسه ونحو ذلك في رتبة واحدة فيتحاصان، ولا يتقدم أحدهما على الآخر، فيتحصل من كلامه أن 383

الحديث ....

[2209] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى ص166 وم ص122 ويم137 ومايابى268.

[2210] – في المطبوع أن من مات وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى ص166 وم ص123 ويم137 ومايابى268.

[2211] – في المطبوع والمعتق لأجل بعيد والمعتق بمال وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى ص166 ويم137 ومايابى268 (ثم الموصى بكتابته والمعتق بمال والمعتق لأجل بعد).

[2212] – في المطبوع العتق وما بين المعقوفين من يم158 ومايابى268 وسيد51.

[2213] *– ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى509 وسيد51 ومايابى269.

[2214] *– في المطبوع الحج وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[2215] – ساقطة من المطبوع كذلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايابى269.

[2216] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص382 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايابى269.

[2217] *– في المطبوع المعين وما بين المعقوفين من ن عدود ص383.

نص خليل ....

متن الحطاب العتق غير المعين [وحج الصرورة ومعين[2218]] غير العتق كعشرة دنانير ونحوها وجزء غير العتق كربع المال وثلثه في رتبة واحدة وإن حج غير الصرورة بعد ذلك. والله أعلم.

تنبيه: ما ذكره من أن معين غير العتق كالدابة والثوب ونحوهما والعدد المسمى كالعشرة ونحوها هو والجزء كسدس المال وربعه وثلثه في رتبة [واحدة هو مذهب[2219]] المدونة، وقال ابن رشد في رسم الوصايا من سماع أشهب هو المشهور، وقيل إن التسمية مبدأة على الجزء، وقيل الجزء مبدأ. قال: وذلك إذا أبهم التسمية ولم يقل إنها من الثلث، فإن قال ذلك فلا خلاف أنها مبدأة. انتهى بالمعنى. وما ذكره من نفي الخلاف فمشكل، فقد ذكر في النوادر عن المجموعة وكتاب ابن المواز فيمن قال لفلان ثلثي ولفلان من ثلثي عشرة [أنه[2220]] قال ابن القاسم عن مالك: يبدأ بالتسمية إذا قال من ثلثي، وإن لم يقل من ثلثي فيتحاصان، ثم رجع مالك فقال يتحاصان قال من ثلثي أو لم يقل، وبه قال ابن القاسم. انتهى من الثالث من الوصايا. والله أعلم.

تنبيه: قد تقدم أنه إذا نص الميت على تبدئة شيء مما ذكر إلا أن غيره مبدأ عليه [أو[2221]] هو وإياه في رتبة واحدة فإنه يبدأ ما أوصى به الميت إذا علم ذلك فقد ذكر في نوازل أصبغ أنه إذا أوصى لفلان بثلثه ولفلان بعدد مسمى. ثم قال في صاحب الثلث أو في صاحب العدد المسمى أنه لا ينقص أنه يبدأ دون الآخر، وقبله ابن رشد، ولم يذكر فيه خلافا فانظره. وأما [لفظة[2222]] جميع فالظاهر أنها لا تفيد التبدئة، فقد قال في المدونة فيمن أوصى لإنسان بثلثه ثم أوصى لآخر بجميع ماله أن الثلث يقسم بينهما على أربعة للموصى له بالثلث ربع وثلاثة أرباعه للموصى له بجميع المال. والله أعلم.

فرع: لو أعتق أحد عبيده في صحته ولم يعينه حتى مرض فقال عينت هذا صدق وعتق في جميع المال إلا أن تكون قيمته أكثر من قيمة الآخر فيكون الفضل في الثلث. قاله في العتق الأول من المدونة. أبو الحسن: قال بعض فقهائنا: وتكون هذه الزيادة مبدأة على الوصايا وعلى العتق والزكاة التي فرط فيها، ويحتمل أن تكون مبدأة على مدبر الصحة لأنه أمر عقده في الصحة، وإنما جعلت الفضلة في الثلث للتهمة وغيره يراه من رأس المال ويحتمل أن يبدأ مدبر الصحة عليها إن كان التدبير قبل أن يقول أحد عبيدي حر.انتهى. والله أعلم.

ص: بثلثه ش: احترز بقوله: "بثلثه" مما إذا اشتري بأكثر من الثلث. ابن عرفة: وفيها من اشترى ابنه في مرضه جاز إن حمله [الثلث وعتق[2223]] وورث باقي المال إن انفرد وحصته مع غيره وإن

الحديث ....

[2218] *- في المطبوع وحج ومعين وما بين المعقوفين من م123 ويحيى509 وسيد51 ويم158 ومايابى269.

[2219] - في المطبوع واحدة وهو مذهب وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 وم123 ومايابى269 ويحيى509.

[2220] - في المطبوع أو لم يقل وبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايابى269.

[2221] - في المطبوع وهو وما بين المعقوفين من ن ذي ص383 ومايابى269.

[2222] - في المطبوع لفظ وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايابى269.

[2223] - في المطبوع ويحيى ص167 الصقلى قال محمد إن اشترى بأكثر من ثلثه وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ومايابى269.

نص خليل بِثُلُثِهِ وَيَرِثُ لاَ إنْ أَوْصَى بِشِرَاءِ ابْنِهِ وَعَتَقَ وَقُدِّمَ الاِبْنُ عَلَى غَيْرِهِ وَإِنْ أَوْصَى بِمَنْفَعَةِ مُعَيَّنٍ.

متن الحطاب [أعتق[2224]] مع ذلك عبده [بدئ[2225]] بالابن وورثه إن حمله الثلث. الصقلي: قال محمد: إن اشتراه بأكثر من ثلثه عتق منه محمل الثلث ولم يرثه، وفي سماع ابن القاسم مثله وفيه إن لم يحمله الثلث عتق منه محمله ورق ما بقي للورثة فإن كان الورثة ممن يعتق عليهم عتق ما بقي عليهم.
قلت: فإن اشترى أباه بماله كله وورثه من يعتق عليهم جاز شراؤه وعتق عليهم.انتهى. [ونحوه[2226]] في التوضيح في أول كلامه وأثنائه وآخره، وكأنه هو المعتمد من الخلاف لتصدير ابن عرفة به ويلزم عليه جواز شراء المريض من يعتق على وارثه بماله كله، وهو ظاهر لأن له التصرف في ماله بالمعاوضة فتأمله. والله أعلم. وقال في الجواهر: إذا ملك قريبه في مرض الموت بالإرث عتق عليه من رأس ماله وإن ملكه بالشراء عتق من ثلثه وحكم الابن في ذلك حكم غيره، وإن ملكه بقبول وصية أو هبة فهو كملكه بالبيع ثم إذا عتق من رأس المال أو من ثلثه ورث، وقال أصبغ لا يعتق بحال. انتهى.

384 ص: **وقدم الابن على غيره** ش: هو كقول ابن الحاجب فإن كان معه غيره قدم/الابن.
قال في التوضيح: يحتمل أن يريد فإن اشترى مع الابن غيره ممن يعتق عليه بدىء الابن على هذا مشاه ابن عبد السلام، ويحتمل أن يريد فإن كان مع الابن معتق غيره كما لو أعتق عبدا له في مرضه واشترى ابنه فأعتقه وقيمته الثلث. قال في المدونة: فالابن مبدأ ويرثه كما لو اشتراه صحيحا، وهذا الحمل الثاني أرجح؛ لأن المسألة كذلك في المدونة والجواهر وتمشية ابن عبد السلام أظهر من جهة اللفظ، لكن النقل لا يساعدها على إطلاقها لأنه إن كان واحدا بعد واحد فإنه يبدأ بالأول، وإن كان صفقة فقال أشهب على قياس قول مالك لا يتحاصون وفي قوله بدئ الابن فأعتقه إن كان أكثر من الثلث وورثه. ابن يونس: يريد على مذهب الذي يرى أن يشتري بجميع المال إن لم يكن معه وارث. انتهى. فتعين أن يحمل كلام المؤلف هنا على التمشية الموافقة للمدونة. والله أعلم.
ص: **وإن أوصى بمنفعة معين إلى قوله ثلث الجميع** ش: أخذ المؤلف رحمه الله يتكلم على بعض مسائل من خلع الثلث فذكر ثلاثة مسائل الأولى إذا أوصى بمنفعة معين كما لو أوصى بخدمة عبد أو سكنى دار فإن الحكم في ذلك أن ينظر إلى ذلك المعين الموصى بمنفعته، فإن حمله الثلث نفذت الوصية، وإن كان الثلث لا يحمل قيمة ذلك المعين الموصى بمنفعته فإنه يخير الورثة بين أن يجيزوا ما أوصى به الميت، أو [يخلعوا[2227]] ثلث جميع ما ترك الميت من ذلك المعين وغيره. قال في المدونة في كتاب الوصايا الأول: ومن أوصى لرجل بخدمة عبده أو سكنى داره سنة جعل في الثلث قيمة [الرقاب، فإن[2228]] حملها الثلث نفذت الوصايا وإن لم يحمل خير الورثة في إجازة ذلك أو

الحديث ....

[2224] – في المطبوع وم ص123 عتق وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 ويم137 ومايابى269.
[2225] *– في المطبوع بدأ وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد51.
[2226] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص383 ويحيى ص167 وم ص123 ويم137 ومايابى269.
[2227] – في المطبوع يخلع وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويم138 ومايابى270.
[2228] – في المطبوع زاد في الأمهات أنه إذا قويم الخدمة وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 وم ص123 ويم138 ومايابى270.

نص خليل أَوْ بِمَا لَيْسَ فِيهَا أَوْ بِعِتْقِ عَبْدِهِ بَعْدَ مَوْتِهِ بِشَهْرٍ وَلاَ يَحْمِلُ الثلثُ قِيمَتَهُ خُيِرَ الْوَارِثُ بَيْنَ أَنْ يُجِيزَ أَوْ يَخْلَعَ ثلثَ الْجَمِيعِ وَبِنَصِيبِ ابْنِهِ أَوْ مِثْلِهِ فَبِالْجَمِيعِ لاَ اجْعَلُوهُ وَارِثًا مَعَهُ أَوْ أَلْحِقُوهُ بِهِ فَزَائِدٌ.

متن الحطاب القطع للموصى له بثلث الميت من كل ما ترك بتلا والوصية في العبد بالخدمة أو بالغلة سواء. قال أبو الحسن: [قوله[2229]] جعل في الثلث قيمة الرقاب. زاد في الأمهات: لأني إذا قدمت الخدمة والسكنى حبست الدار والعبد [عن[2230]] أربابهما وهم قد يحتاجون إلى البيع ابن يونس احتجاجه بالبيع لا يصح في الدار الجائز بيعها واستثناء سكناها [سنة،[2231]] والمعروف من قول مالك وابن القاسم أن يجعل الثلث في الرقاب، وإن كانوا قادرين على البيع للاستثناء، وأن لهم حقا في تعجيل الانتفاع بالرقاب. ابن يونس: وإنما جعلت الرقاب في الثلث مع إمكان رجوع ذلك للورثة لأنه قد يموت [العبد[2232]] وتنهدم الدار. انتهى. واحترز بقوله: "منفعة" مما إذا أوصى له بمعين كعبد أو دابة أو دار إن لم يحمله الثلث. قال في المدونة: فإن قول مالك اختلف في هذه المسألة فقال مرة مثل ما تقدم، وقال مرة يخيرون بين الإجازة وبين أن يقطعوا له بمبلغ ثلث جميع التركة في ذلك الشيء بعينه قال: وهذا أحب إلي.انتهى. قال ابن عبد السلام: وهذا هو المشهور أعني التفرقة بين الوصية بالمنافع وبالمعين. والله أعلم.

ص: **أو بما ليس فيها** ش: أشار به إلى المسألة الثانية، ويعني بما ليس في التركة؛ يريد سواء كان يحمله الثلث أم لا. قاله ابن عبد السلام، وسواء كان عينا أو عرضا على خلاف في هذا، إلا أن هذا قول مالك وابن القاسم، واقتصر عليه ابن الحاجب. قاله ابن عبد السلام. والحكم في ذلك أن الورثة يخيرون بين الإجازة فيشترون للموصى له ذلك الشيء الموصى به أو [يدفعوا[2233]] له ثلث جميع التركة. والله أعلم. ثم أشار إلى المسألة الثالثة بقوله:

ص: **أو بعتق عبده[2234] بعد موته بشهر** ش: وتصورها ظاهر من كلام الشارح.

ص: **ولا يحمل الثلث** ش: هذا شرط في المسألة الأولى والثالثة دون الثانية فاعلمه. والله أعلم.

ص: **خير الوارث بين أن يجيز أو يخلع ثلث الجميع** ش: هذا ظاهر في المسألة الأولى والثانية، وأما في المسألة الثالثة فإنما [يخير الوارث[2235]] في إجازة الوصية أو القطع بمبلغ الثلث في العبد نفسه على المشهور كما تقدم في مسألة الوصية بمعين. والله أعلم. ومسائل هذا الباب كثيرة، وفي الوصايا من المدونة منها/ جملة. والله الموفق. 385

ص: **وبنصيب ابنه إلى قوله فزائد** ش: تصوره ظاهر.

الحديث ....

[2229] – ساقطة من المطبوع يحيى ص167 وم ص123 وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويم138 ومايابى270.

[2230] – في المطبوع يم ص159 يحيى ص167 على وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 وم ص123 ومايابى270.

[2231] – في المطبوع عنة وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويحيى ص168 وم ص123 ويم138 ومايابى270.

[2232] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويحيى ص168 وم ص123 ويم138 ومايابى270.

[2233] *– كذا في النسخ.

[2234] *– في المطبوع أو يعتق عبده وفي يحيى510 ومايابى270 ويم159 أو بعتق عبده.

[2235] – في المطبوع يخيرا لو الوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص384 ويحيى ص168 وم ص124 ويم138 ومايابى271.

نص خليل وَبِنَصِيبِ أَحَدِ وَرَثَتِهِ فَبِجُزْءٍ مِنْ عَدَدِ رُؤُوسِهِمْ وَبِجُزْءٍ أَوْ سَهْمٍ فَبِسَهْمٍ مِنْ فَرِيضَتِهِ.

متن الحطاب **فروع: الأول:** قال ابن عبد السلام: المعتبر فيما ذكرنا من عدد الولد من كان موجودا يوم موت الموصي ولا ينظر إلى من زاد فيهم بعد الوصية ولا من مات. رواه أشهب عن مالك. انتهى. ونقله في التوضيح.

الثاني: [منه[2236]] أيضا أن من أوصى بمثل نصيب ولده ولا ولد له وجعل يطلب الولد فمات ولم يولد [له[2237]] فلا شيء للموصى له. انتهى.

الثالث: قال في التوضيح: واختلف إذا أوصى بمثل [نصيب أحد[2238]] بنيه وترك نساء ورجالا على أربعة أقوال: الأول: قول مالك يقسم المال على عدد رؤوسهم الذكر والأنثى فيه سواء ويعطى حظ واحد منهم ثم يقسم ما بقي على فرائض الله تعالى لكن إنما فرض المسألة في المدونة فيما إذا قال له نصيب أحد ورثتي. الثاني: أنه [كرجل[2239]] من ولده. الثالث: أنه يزاد سهمه على السهام ويكون له، وقال ابن زياد يكون له نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى. هكذا حصل ابن زرقون. انتهى. [فيكون[2240]] الأول هو المعتمد لكونه مذهب المدونة. الرابع: إذا كان أولاده إناثا كلهم كان لهن الثلثان ثم نظر إلى عددهن، فإن كن أربعا [أعطي[2241]] ربع الثلثين وإن كن ثلاثا [أعطي[2242]] ثلث الثلثين، وإن كن اثنتين [أعطي[2243]] نصف الثلثين وإن كانت واحدة [أعطي[2244]] نصف المال إن أجازه الورثة، وإلا فله ثلث المال. نقله ابن عرفة عن ابن يونس عن كتاب محمد. والله أعلم.

ص: أو بنصيب أحد ورثته فبجزء من عدد رؤوسهم ش: قال ابن عبد السلام: ولا يلتفت إلى قسمة هؤلاء الورثة كيف كانت بالسوية أو مختلفة فيعطى الموصى له جزءا بنسبته إلى التركة نسبة الواحد إلى عدد رؤوسهم. انتهى. وفيها خلاف. والله أعلم.

ص: وبجزء أو سهم فبسهم من فريضته ش: أي إذا كانت من ستة فلهم سهم من ستة، وإن كانت من ثمانية فلهم سهم منها أو من أربعة وعشرين [فسهم[2245]] منها، وإن كان ورثته أولادا [رجل[2246]] وابنة أعطي سهما من ثلاثة وإن كان رجل وامرأتان فسهم من أربعة وعلى هذا كذا ضربه عيسى في سماعه. نقله ابن عرفة. وما ذكره المؤلف هو المشهور، وعليه فلو كان أصلها من ستة

الحديث ....

2236 *- في المطبوع منها وما بين المعقوفين من يحيى510.
2237 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 وم ص124 ويم138 ومايابى271.
2238 *- في المطبوع أحد نصيب وما بين المعقوفين من التوضيح ج3 ص671.
2239 *- في المطبوع رجل وما بين المعقوفين من م124 ويم159 والتوضيح ج3 ص672.
2240 *- في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من يحيى510 وم124 ويم159 ومايابى271.
2241 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 وم ص124 ويم138 ومايابى271.
2242 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 وم ص124 ومايابى271.
2243 - في المطبوع أعطين وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 وم ص124 ومايابى271.
2244 - في المطبوع أعطيت وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 ويم138 ومايابى271.
2245 - في المطبوع فبسهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص385 ويحيى ص168 وم ص124 ومايابى271.
2246 - في المطبوع ويم ص138 ومايابى271 رجالا وما بين المعقوفين من ن عدود ص385.

نص خليل

وَفِي كَوْنِ ضِعْفِهِ مِثْلَهُ أَوْ مِثْلَيْهِ تَرَدُّدٌ وَبِمَنَافِعِ عَبْدٍ وُرِثَتْ عَنِ الْمُوصَى لَهُ وَإِنْ حَدَّدَهَا بِزَمَنٍ فَكَالْمُسْتَأْجَرِ فَإِنْ قُتِلَ فَلِلْوَارِثِ الْقِصَاصُ أو الْقِيمَةُ كَأَنْ جَنَى إلاَّ أَنْ يَفْدِيَهُ الْمُخْدَمُ أو الْوَارِثُ فَتَسْتَمِرُّ وَهْيَ وَمُدَبَّرٌ إنْ كَانَ بِمَرَضٍ فِيمَا عُلِمَ وَدَخَلَتْ فِيهِ.

متن الحطاب

وتعول إلى عشرة فله سهم من عشرة. انتهى من التوضيح. وفي المسألة خلاف فقيل له الثمن لأنه أقل سهم ذكره الله، وقيل له السدس لأنه أقل سهم ،والثمن إنما يستحق بالحجب.

فرع: فإن لم يكن له وارث فقال أشهب سهم من ثمانية، وقال ابن القاسم سهم من ستة. قال ابن عرفة: قال ابن رشد: الأظهر قول أشهب، وقال ابن عبد السلام: الأقرب بعد تسليم أهل المذهب قول أشهب وقول الشافعي عندي قوي. انتهى. والشافعي يقول يدفع له الورثة ما شاؤوا. كذا نقل هو عنهم.

ص: **وفي كون ضعفه مثله أو مثليه تردد** ش: يعني لو أوصى له بضعف نصيب ولده فهل للموصى له مثل نصيب ولده مرة واحدة أو مثلاه؟ لا نص/ عن مالك وأصحابه المتقدمين، وتردد في ذلك المتأخرون فقال بعض شيوخ ابن القصار [مثله[2247]] مرة واحدة، وإن قال ضعفيه فمثل نصيبه مرتين، وقال ابن القصار: حكي عن أبي حنيفة والشافعي أنهما يقولان ضعف النصف مثله مرتين، وهو أقوى من جهة اللغة. انتهى. قال في التوضيح: وفيه نظر. وفي الجوهري: وضعف الشيء مثله وضعفاه مثلاه وأضعافه أمثاله نعم هو [أقوى[2248]] من جهة العرف، وانظر كيف عده المصنف قولا؟ وإنما أشار ابن القصار إلى قوته من حيث اللغة. انتهى كلام التوضيح.

386

قلت: ويقال مثله في كلامه بل يقال قد تبين بما نقله المصنف عن الجوهري أنه ليس أقوى من جهة اللغة، وأن الموافق للغة هو الأول وإنما يوافق العرف فتأمله. والله أعلم.

ص: **وهي ومدبر إن كان بمرض في المعلوم** ش: تصوره واضح.

فرع: فإن ادعى أهل الوصايا أن الميت علم به [وأنكر الورثة ذلك[2249]] حلف الورثة ما يعلمون أن الميت علم به ولم تدخل الوصايا فيه، وإن نكلوا حلف الموصى لهم ودخلت الوصايا فيه. انتهى من شرح ابن الحاجب لابن فرحون.

ص: **ودخلت فيه** ش: يعني أن الوصايا تدخل في المدبر في المرض إذا بطل بعضه. هكذا قال المصنف رحمه الله في توضيحه: وحمل عليه كلام ابن الحاجب، وغره في ذلك كلام صاحب الجواهر، والذي يظهر أن هذا لا يتصور؛ لأن المدبر في المرض يتقدم عليه أشياء مما يخرج من الثلث كفك الأسير ومدبر الصحة وصداق المريض والزكاة التي فرط فيها وأوصى بها [وما[2250]] ذكر مع ذلك، ويتقدم على أشياء كالعبد الموصى بعتقه والوصية بالمال وما مع ذلك، ويشاركه في رتبته المبتل في المرض، فإذا فرض ضيق الثلث فإن كان [معه[2251]] ما يتقدم عليه قدم، فإن استغرق ذلك الثلث بطل التدبير

الحديث ....

[2247] – في المطبوع ومثله وما بين المعقوفين من سيد51 ويم159.

[2248] – في المطبوع أقرب وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 ويحيى ص168 وم ص124 ويم138 ومايابى271.

[2249] – في المطبوع في المرض وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 ويحيى ص168 وم ص124 ويم159 ومايابى272.

[2250] – في المطبوع يحيى ص168 ويمى وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 وم ص124 ويم159 ومايابى272.

[2251] – ساقطة من المطبوع يحيى ص168 وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 وم ص124 ويم138 ومايابى272.

نص خليل

وَفِي الْعُمْرَى وَفِي سَفِينَةٍ أَوْ عَبْدٍ شُهِرَ تَلَفُهُمَا ثُمَّ ظَهَرَتِ السَّلَامَةُ قَوْلَانِ لَا فِيمَا أَقَرَّ بِهِ فِي مَرَضِهِ أَوْ أَوْصَى بِهِ لِوَارِثٍ وَإِنْ ثَبَتَ أَنَّ عَقْدَهَا خَطُّهُ أَوْ قَرَأَهَا وَلَمْ يُشْهِدْ أَوْ يَقُلْ أَنْفِذُوهَا لَمْ تُنَفَّذْ وَنُدِبَ فِيهِ تَقْدِيمُ التَّشَهُّدِ وَلَهُمْ الشَّهَادَةُ وَإِن لَّمْ يَقْرَأْهُ وَلَا فَتَحَ وَتُنَفَّذُ وَلَوْ كَانَتِ الْوَصِيَّةُ عِنْدَهُ وَإِنْ شَهِدَا بِمَا فِيهَا وَمَا بَقِيَ فَلِلْمَسَاكِينِ قُسِمَ بَيْنَهُمَا وَكَتَبْتُهَا عِنْدَ فُلَانٍ فَصَدِّقُوهُ أَوْ أَوْصَيْتُهُ بِثُلُثِي فَصَدِّقُوهُ يُصَدَّقُ إِن لَّمْ يَقُلْ لِابْنِي وَوَصِيِّي فَقَطْ يَعُمُّ وَعَلَى كَذَا يُخَصُّ بِهِ كَوَصِيِّي حَتَّى يَقْدَمَ فُلَانٌ أَوْ.

متن الحطاب

الذي في المرض، وبطلت الوصايا كلها ولا إشكال في ذلك، وإن كان مع المدبر في المرض ما يتقدم هو عليه كالوصايا بالمال [فإن[2252]] وسع الثلث المدبر في المرض جميعه واستغرق ذلك الثلث نفذ عتق المدبر في المرض وبطلت الوصايا، وإن لم يسع الثلث إلا بعض المدبر نفذ منه ما وسعه الثلث ورجع الباقي رقيقا للورثة، ولا يتصور دخول الوصايا فيه، وكذلك إن كان معه ما هو في رتبته وهو المبتل في المرض فإنهما يتحاصان في الثلث فيعتق من كل واحد منهما قدر ما حمله الثلث، ولا يتصور دخول الوصايا في ذلك، وما ذكره المصنف عن صاحب الجواهر هو كذلك في الجواهر، ونقله عن كتاب ابن المواز والمجموعة، لكن الذي ذكره في الجواهر عن الكتابين المذكورين ذكره الشيخ ابن أبي زيد في النوادر عنهما وليس فيه ذكر [المدبر[2253]] في المرض، ولم أقف عليه إلا في كلام صاحب الجواهر، وهو مشكل، فالصواب تركه. والله أعلم.

387 ص: **وفي العمرى** ش:/

انظر مسائل الحبس من ابن سهل فإن فيه مسائل يتصور فيها دخول الوصايا في الحبس.

ص: **وأوصيته بثلثي فصدقوه يصدق إن لم يقل لابني** ش: تصوره ظاهر من كلام الشارح.

مسألة: قال في معين الحكام في باب الوصايا: إذا شهد شاهدان على وصية [وأحدهما[2254]] الذي

388 جعل له/ الوصية ينظر فيها فإن استعفى هذا الشاهد منها وامتنع من قبولها جازت شهادته، ثم إن رأى القاضي بعد ذلك إعادته إلى النظر أعاده. انتهى. وقوله [وأحدهما[2255]] الذي جعل له الوصية ينظر فيها يعني وأَحَدُ الشاهدين على الوصية هو من أسند إليه النظر فيها.

ص: **ووصيي فقط يعم** ش: قال في المدونة: ومن قال اشهدوا أن فلانا [وصيي[2256]] ولم يزد على هذا فهو وصيه في جميع الأشياء [وإنكاح[2257]] صغار بنيه ومن بلغ من أبكار بناته بإذنهن والثيب بإذنها. انتهى. قال المشذالي: ظاهره دخول الإيصاء، وفي الطراز إذا قال وصيي مسجلا؛ يعني مطلقا وكان إلى نظره محجور أجنبي أنه لا يدخل تحت هذا اللفظ. المشذالي: ذكر ابن الهندي قولين أحدهما ما ذكره صاحب الطراز أنه لا يكون داخلا تحت لفظه إلا إذا صرح بذلك، والثاني أنه يتناول الجميع إلا إذا خصص ذلك بمال نفسه وولده، وهذا الخلاف إنما هو إذا أتى بلفظ عام كما تقدم، وأما إن صرح بالوصيتين معا فلا إشكال، ولا خلاف ثم يترتب على ذلك.

الحديث ....

[2252] – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص386 وم ص124 ويم138 ومايابى272.
[2253] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في سيد51 ومايابى272 وم124 .
[2254] *– في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م124 وسيد51 ومايابى272 ويم160.
[2255] *– في المطبوع أحدهما وما بين المعقوفين من م124 ويم160 ومايابى272.
[2256] – في المطبوع وم124 وصي وما بين المعقوفين من ن عدود ص388 ويم160.
[2257] – في المطبوع ومايابى272 وأبكار وما بين المعقوفين من ن عدود ص388 وم ص124 ويم139.

نص خليل ....

متن الحطاب

فرع: وهو إذا قال الوصي الثاني أنا أقبل وصيتك ولا أقبل وصية الأول؛ لأن فيها ديونا وتخليطا فقال ابن وهب في سماع أصبغ له ذلك، وقال أصبغ ليس له ذلك؛ لأن وصية الأول من وصية الثاني، فإن قبل بعضها لزمته كلها. قال ابن رشد: قول ابن وهب أظهر. قال ابن يونس: الذي أرى أن يقول له الإمام إما أن تقبل الجميع أو تدع الجميع إلا أن يرى أن يقره على ما قبل ويقيم من يلي وصية الأول. انتهى. وذكر أبو الحسن القولين أيضا عن ابن الهندي.

وقال في النوادر [في[2258]] ترجمة الوصي يقبل بعض الوصية: ومن العتبية روى أصبغ عن ابن وهب فيمن أوصى إلى رجل بوصية وبما كان وصيا عليه فقبل وصيته في نفسه، ولم يقبل ما كان وصيا عليه فإن ذلك له، ويوكل القاضي من يلي الأمر الأول، وقال أصبغ إما قبل الجميع أو ترك الجميع، وإن قبل البعض فهو قبول للجميع، وقال فيها أيضا عن كتاب ابن المواز: ولو أوصى إلى ميت ولم يعلم لم يكن وصيه له وصيا. انتهى. وقال في مفيد الحكام: وللوصي أن يوصي إلى غيره إذا لم يمنعه الوصي من ذلك، ولا مقال للورثة في ذلك ويقوم وصيه مقامه في كل ما كان إليه من وصية غيره إذا أوصى بذلك، وإن مات ولم يوص بذلك تولى الحاكم النظر في كل ما كان إليه وبيده ولم يجز له أن يهمله، وفي وثائق الجزيري: وإذا أوصى الوصي بماله وولده لم يكن وصيه وصيا على [أيتامه[2259]] وقدم القاضي عليهم إلا أن ينص على ذلك في عهده. انتهى.

فروع: الأول: إذا قال إن مت ففلان وكيلي فهذه وصية صرح بذلك في نوازل سحنون في كتاب الوصايا. قال ابن رشد: وهذا كما قال لأن الوصي وكيل الميت فسواء قال في وصيته فلان وصيي أو إن مت ففلان وكيلي وكل وصي وكيل، وليس كل وكيل وصيا. انتهى. [ونقله المشذالي في الوصايا الأول. انتهى.[2260]]

الثاني: إذا قال فلان وصيي على أولادي فلان وفلان وله أولاد صغار غيرهم فهل الإيصاء قاصر على من سمى، أو يعم الجميع؟ فيه تنازع بين الشيوخ. قال ابن سهل في أحكامه الكبرى في أول كتاب الوصايا في ترجمة الوصايا بالأيتام: وفي مسائل القاضي أبي بكر بن زرب قال في رجل قال في وصيته وله أولاد صغار قد جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وله أولاد غير الذي سمى أنهم يدخلون في الإيصاء وإن لم يسمهم؛ لأنه لما قال ولدي دخل جميعهم فيه، فقيل له كيف وقد سمى من أراد أن يولي عليهم؟ قال: لو أراد هذا لم يقل جعلت النظر لولدي فلان وفلان إلى فلان بن فلان وإنما كان يقول من ولدي. قال: وهذا كمن قال عبيدي أحرار فلان وفلان وسكت عن باقيهم فإنهم يعتقون أجمعون من سمى منهم ومن لم يسم. قال موسى: نزلت هذه المسألة فأفتى فيها بعض الشيوخ أنه لا يعتق إلا من سمى وغلط فيها وأخذ بفتياه شيخه وحكم به قال القاضي أعرف وقت نزولها.

389 قال ابن سهل:/ وفي سماع أصبغ في رسم القضاء [المحض[2261]] من كتاب الصدقات: مسألة تشبه

الحديث ....

2258 – في المطبوع وفي وما بين المعقوفين من ن ذي ص388 وم ص125 ويم139 ومايابى273.

2259 – في المطبوع أمتاعه وما بين المعقوفين من ن عدود ص388 وم ص125 ويم139 ومايابى273.

2260 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن ذي ص 388 ويم273.

2261 –في المطبوع المحضر وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج14 ص101.

نص خليل

إِلَى أَنْ يَتَزَوَّجَ زَوْجَتِي وَإِنْ زَوَّجَ مُوصًى عَلَى بَيْعِ تَرِكَتِهِ وَقَبْض دُيُونِهِ صَحَّ وَإِنَّمَا يُوصِي عَلَى الْمَحْجُور عَلَيْهِ أَبٌ أَوْ وَصِيُّهُ كَأُم إِنْ قَلَّ وَلاَ وَلِيَّ وَوُرِثَ عَنْهَا لِمُكَلَّفٍ مُسْلِم عَدْل كَافٍ وَإِنْ أَعْمَى وَامْرَأَةً وَعَبْدًا وَتَصرَّفَ بِإِذْنِ سَيِّدِهِ وَإِنْ أَرَادَ الأَكَابِرُ بَيْعَ مُوصًى اشْتُرِيَ لِلأَصَاغِرِ وَطُرُوُّ الْفِسْق يَعْزِلُهُ وَلاَ يَبِيعُ الْوَصِيُّ عَبْدًا يُحْسِنُ الْقِيَامَ بِهِمْ.

متن الحطاب

مسألة القاضي هذه وهي من تصدق على رجل بميراثه فقال أشهدكم أني تصدقت على فلان بجميع ميراثي وهو كذا وكذا في العين والبقر والرموك والرقيق والثياب والدور والبور إلا الأرض البيضاء فإنها لي وفي تركة الميت جنان لم ينصها وغير ذلك. قيل له هل يكون ما نص وما لم ينص للمتصدق عليه إلا ما استثنى، أم ليس له إلا ما نص؟ قال أصبغ له كل شيء إلا ما استثنى إذا كان يعرفه، والجنان داخلة في الصدقة إن كان يعرفها؛ لأنه إنما استثنى الأرض البيضاء ولم يستثن الجنان، فتدبر هذه الجملة، فلولا استثناء المتصدق الأرض البيضاء لكانت كمسألة القاضي سواء. انتهى. وقال المشذالي في كتاب الوصايا الأول: وأما مسألة الشيوخ المشهورة فأشار إليها ابن سهل في أول الوصايا وذكر كلام ابن سهل المتقدم برمته بلفظه. والله أعلم.

الثالث: إذا أوصى بوصية وذكر فيها أن الوصي على أولاده فلان ثم [أوصى[2262]] بوصية أخرى وغير ما كان أوصى به أولا إلا أنه لم يتعرض للموصي ولم يجعل وصيا على أولاده في الوصية الثانية إلا أنه قال إن هذه ناسخة لكل وصية قبلها. قال ابن رشد: لا يكون ذلك ناسخا لإيصائه على أولاده. ذكره في نوازله.

ص: **إلا أن تتزوج زوجتي** ش: قال ابن غازي: أي فهي وصيتي ما دامت [أيما[2263]]. انتهى. وما قاله أظهر مما حل به الشارح كلام المؤلف.

مسألة: فلو أوصى بشيء على شرط فلم يوف به الموصى [له[2264]] فإنه يرده. [قال[2265]] في معين الحكام في كتاب الوصايا لو أوصى لأم ولده على أن لا تتزوج بوصية فتوفي ونفذت الوصية لها ثم تزوجت فإنها ترد ما أخذت. انتهى.

ص: **وإنما يوصي على المحجور عليه أب أو وصيه كأم إن قل ولا ولي [وورث[2266]] عنها**

390

ش: قال ابن عرفة: الموصي/ إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد والوصي والحاكم فيها مع غيرها صحة وصية الأب إلى غيره بصغار بنيه وأبكار بناته، وأما إن مات الوصي فأوصى إلى غيره جاز ذلك وكان وصي الوصي مكان الوصي في النكاح وغيره بخلاف مقدم القاضي وقيل مثله وأخذ من قولها في إرخاء الستور، وإن لم يكن لليتيم الطفل وصي فأقام له القاضي خليفة كان [كالوصي[2267]] في جميع أموره، وفيها: لا تجوز وصية الجد بولد ولده ولا أخ بأخ له صغير وإن لم يكن لهم أب ولا وصي وإن قل المال بخلاف الأم. اللخمي: قال ابن القاسم في كتاب القسم: من أوصى لأخيه بمال وهو في حجره لم يقاسم له ولم يبع وأجاز ذلك أشهب في مدونته فعلى قوله تجوز وصيته بما يرث إن لم

الحديث

2262 - في المطبوع اصى وما بين المعقوفين من عدود ص389 وم125 ويم160.

2263 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في مايابى273 ويم160.

2264 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في م125 وسيد52.

2265 *- في المطبوع قاله وما بين المعقوفين من يم160 ومايابى273 وسيد52.

2266 - في المطبوع ورث وما بين المعقوفين من ن عدود ص389 وم ص125 ويم139 ومايابى273.

2267 *- في المطبوع كالموصي وما بين المعقوفين من م125 وسيد52 ويم160 ومايابى273.

نص خليل ....

متن الحطاب يكن له وصي وكل هذا فيما صار له من مال بميراث وما تطوع به الميت فالوصية به تجوز وأن يكون القابض [من[2268]] رضيه الميت وإن كان للمولى عليه أب أو وصي، فإذا قال يكون ذلك موقوفا على يَدَيْ فلان حتى يرشد، أو قال يدفع إلى المولى عليه يتسع به في ملبس أو مطعم لم يكن لأبيه ولا لوصيه قبض ذلك ولا يحجر عليه فيه لأنها هبة من الموصي على صفة، وأجاز ابن القاسم لملتقط اللقيط أن يقاسم له ويقبض ما أوصى له به ومنعه في الأخ وإن كان في حجره والأخ أولى لأنه جمع القيام والنسب، وفيها: لا يجوز إيصاء الأم بمال ولدها الصغير إلا أن تكون وصية من قبل أبيه، وإلا لم يجز إذا كان المال كثيرا وينظر فيه الإمام، وإن كان يسيرا نحو الستين دينارا [جاز[2269]] إسنادها فيه إلى العدل فيمن لا أب له ولا وصي فيما تركته له، وقال غيره لا يجوز لها أن توصي بمال ولدها.

قال ابن القاسم في كتاب القسم: وإجازة مالك ذلك استحسان ليس بقياس وإن كان الإيصاء بغير ذلك من قضاء دين أو تفرقة ثلث جاز ذلك من كلام مالك [وأما الورثة الكبار فلا يجوز الايصاء بمالهم كما قاله ابن شأس وغيره ولو كانوا غيبا.[2270]] انتهى كلام ابن عرفة بلفظه. وقال في كتاب القسم من المدونة إثر الكلام الذي نقله ابن عرفة عنها: ولا يكون وصي العم والجد والأخ وصيا في يسير مال ولا كثيره والأم بخلافهم؛ إذ لها اعتصار ما وهبت لولدها كالأب، وليس للأخ والجد أن يعتصرا. قيل فما يصنع بهذا المال الذي أوصوا به؟ قال: ينظر فيه السلطان ويحوزه على الصغير والغائب. انتهى. ونقله ابن يونس.

تنبيهات: الأول: ليس للأب أن ينصب وصيا على كبار أولاده إلا أن يكونوا محجورا عليهم. قال في النوادر في الوصايا الأول في ترجمة الوصي يبيع تركة الميت لدين ناقلا له عن أشهب في المجموعة: وليس له أن يولي على كبار ولده أحدا. انتهى. يريد إذا لم يكونوا محجورا عليهم. قال ابن شاس: ولا يصح نصب الوصي على ذكور أولاده البالغين إلا أن يكونوا محجورا عليهم. نعم ينصب وصيا عليهم في قضاء الديون وتنفيذ الوصايا، ونص على ذلك غير واحد.

الثاني: قول المصنف: "وإنما يوصي على المحجور عليه أب" هذا إذا كان الأب رشيدا كما تقدم في كلام ابن عرفة حيث قال: إن كان بالنظر لمحجور اختص بالأب الرشيد، فأما إن كان الأب سفيها وهو في ولاية أبيه فللجد الولاية على ولد ولده ويوصي عليهم، ويكون وصيه وصيا عليهم، وقيل لا يكون وصيه وصيا عليهم. قال في العتبية في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور: وسئل عن رجل حلف في رقيق لابنه أن يبيعهم بثمن سماه وللحالف أب فقال له: أنا أبيعهم ليس هم لك فقال له: أسفيه هو؟ يريد الحالف. فقال لا: فقال: لا أرى أن يبيعهم. قال ابن رشد: في قوله لا أرى أن يبيعهم إذا لم يكن سفيها دليل على أن له أن يبيعهم إذا كان سفيها، فجعله في حكم الوصي على ولد ابنه ما دام ابنه سفيها فيلزم على هذا أن يكون وصي الأب وصيا على ولد الولد الذين إلى نظره

الحديث ....

[2268] *- في المطبوع مما وما بين المعقوفين من م125 ومايابى273.

[2269] *- في المطبوع أجاز وما بين المعقوفين من مايابى273 ويم160.

[2270] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص390 ويم139 ومايابى274 (وأما الورثة الكبر).

نص خليل وَلاَ التَّرِكَةَ إلاَّ بِحَضْرَةِ الْكَبِيرِ.

متن الحطاب بإيصاء الأب وهو نحو ما في مختصر ابن شعبان عن مالك أن [للوصي[2271]] أن يزوج بنات يتيمه بعد بلوغهن، وإن رضي الأب بذلك قبل أن يبلغن لم يلتفت إلى رضاه لسقوط ولايتهن كاليتامى. قال ابن وهب في سماع أصبغ: والرفع إلى السلطان/ أحسن. وأبين من ذلك؛ أي مما في مختصر ابن شعبان ما في كتاب ابن المواز أن المولى عليه إذا قتل [وله ولد[2272]] صغير أن وصي الأب أولى من عمومة الصبي بالدم، وقد كان بعض شيوخنا لا يرى وصي الأب وصيا على صغار الولد الموصى بهم. وبالله التوفيق. انتهى. وحكى القولين ابن رشد أيضا في سماع أصبغ من كتاب النكاح في شرح مسألة تزويج السفيه أخته أو وليته، ونقله ابن سلمون في وثائقه في ترجمة السفيه والمحجور ولا وصي من قبل الأب، ونصه: وأما [انكاح[2273]] الوصي بنات محجوره فالرواية بذلك منصوصة عن مالك، ومعناه في الأبكار والثيبات اللائي لم يملكن أمور أنفسهن.

391

وقد كان بعض الشيوخ يقول إنه لا يكون وصيا على ولد محجوره إلا بتقديم السلطان فعلى هذا لا يزوج واحدة من بناته. وفي مسائل ابن الحاج قال: اختلف الشيوخ في الرجل إذا كان وصيا على سفيه فولد للسفيه ولد فهل للوصي أن ينظر على ابن السفيه كما ينظر على أبيه أم لا؟ فذهب ابن زرب إلى أنه لا ينظر عليه إلا بتقديم، وخالف ابن عتاب وابن القصار في ذلك فقالا إنه ينظر عليه كما ينظر على أبيه قال: والقضاء عندنا بذلك. انتهى. وأما مقدم القاضي فقال ابن سهل في باب الحجر في ترجمة مقدم القاضي هل له التكلم على أولاد محجوره دون تقديم أم لا؟ الذي تقتضيه الروايات أن له ذلك، والذي جرى به عمل القضاة أنه لا يكون له ذلك إلا بتقديم. وانظر كتاب الأقضية منه في الكلام على الاستخلاف. والله أعلم.

الثالث: إذا قدم القاضي ناظرا على اليتيم ثم ظهر وصي من قبل الأب فله رد أفعاله. نقله البرزلي في الوصايا، وفيه أيضا: إذا أوصى لشخص ثم ظهر شخص آخر بوصية فانظره.

ص: **ولا التركة إلا بحضرة الكبير** ش: وسواء أراد الوصي بيع التركة لقضاء الدين أو لتنفيذ الوصايا أو لغير ذلك، فإن لم يكن الأكابر حضورا رفع الأمر للحاكم فيأمره بالبيع ويأمر من يلي معه البيع للغائب أو يقسم ما ينقسم. قال في المدونة في كتاب الوصايا: ولا يبيع الوصي على الأصاغر التركة إلا بحضرة الأكابر فإن كانوا بأرض نائية وذلك حيوان أو عروض رفع ذلك إلى الإمام فأمر من يلي معه البيع للغائب. انتهى. قال في العتبية في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الوصايا: مسألة: وسئل عن الوصي يبيع المتاع بغير إذن الورثة. قال: فإن كانوا كبارا قد رضي حالهم ونساء ثيبات أو متزوجات قد برزن ورضي حالهن فلا يبيع إلا بإذنهن فإن باع رد المتاع لأنه إنما أوصي بالآخرين الذين يولى عليهم ولم يوصَ إليه بهؤلاء إنما هؤلاء شركاء في هذا المتاع قيل له: فإن فات [قال إن كان فات[2274]] و[قد[2275]] أصاب وجه البيع [كأنــه[2276]] يقـول مضـى؟ قال أصبغ لا أرى ذلك، وأرى للورثـة رده إلا أن يكـون له ثلث

الحديث ....

[2271] *- في المطبوع للموصى وما بين المعقوفين من م126 وسيد52.

[2272] *- في المطبوع وله ولد ولد وما بين المعقوفين من النوادر ج14 ص113.

[2273] - في المطبوع يم ص161 نكاح وما بين المعقوفين من ن عدود ص391 وم ص126 ومايابى274.

[2274] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

[2275] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان، ج13 ص134.

[2276] - في المطبوع فكأنه وما بين المعقوفين من يم161 ومن البيان، ج13 ص134.

نص خليل ....

متن الحطاب موصى به مع ذلك يحتاج إلى تحصيل المال وبيعه وجمعه فيكون ذلك له إلا العقار والرباع فلا أرى ذلك له دونهم لأنه مأمون، وأنه مما يقسم وقسمته غير ضرر، وإن لم يكن له ثلث على ما وصفت فهو مردود على الورثة البالغين المالكين حصصهم، أو يأخذون مما بلغ كالشركاء في السلع المفترقة التي لا تجمع في القسم فهم كالشركاء الأجنبيين للميت.

قال ابن رشد: قول ابن القاسم فيما باع الوصي على الصغار من المال والمتاع المشترك بينهم وبين الكبار أن البيع يرد ما لم يفت، فإن فات من يد المشتري ببيع أو هبة أو بتحويله عن حاله مثل أن يكون ثوبا فيصبغه أو غزلا فينسجه أو طعاما فيأكله وما أشبه ذلك، وقد أصاب الوصي وجه البيع مضى، وهذا استحسان، والقياس أن لا ينفذ البيع على الكبار بحال، فات أو لم يفت، وكذلك قال سحنون: لا يجوز بيع الوصي على الكبار بقليل ولا كثير، أصاب البيع أو لم يصب؛ لأنه مالهم وهم أحق وأولى بالنظر لأنفسهم.

392 قال: وهم أيضا أولى بكل ما باع من مال الميت إذا كان لهم رأي في شراء شيء مما يباع من/ التركة في ثلثه فكيف يجوز أن يباع عليهم مالهم أنفسهم بلا مرادهم هذا خطأ، وكذلك قول أصبغ أيضا إن البيع يمضي إذا فات إن كان له ثلث موصى به إليه فيحتاج إلى تحصيل المال وجمعه وبيعه إلا في العقار استحسان أيضا، والقياس [أن[2277]] لا ينفذ على الكبار البيع في حظوظهم من ذلك كله إلا بإذنهم كالشركاء الأجنبيين للميت، ولأشهب في كتاب ابن المواز [أن للوصي[2278]] أن يبيع الحيوان والرقيق والعقار لتأدية الدين وتنفيذ الوصية، وإن كان في الورثة كبار لا يولى عليهم أو كانوا كبارا [كلهم[2279]] وقد قيل إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث، وهو أحب إلي، وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم طرف من هذا المعنى. وبالله التوفيق. انتهى. ونص ما أشار إليه في رسم الشجرة: وسئل عن الوصي يريد بيع متاع الرجل مساومة ويرى أن ذلك خير له مثل ما يسومه الرجل في الدار وما أشبهه فينهيه[2280] ويرى أن بيعه غبطة. قال: لا بأس بذلك باع مساومة أو ممن يزيد إذا كان ذلك منه على وجه النظر.

قال ابن رشد: معناه في الوصي على الثلث إذا باع بإذن الورثة [أو[2281]] على الصغار إذا باع بإذن الكبار أو في الوصي على الصغار إذا لم يكن لأحد معهم في ذلك مشترك،[2282] وأما إذا كان وصيا على الصغار وهم شركاء مع الكبار فيباع الجميع بغير إذنهم فلا يجوز ذلك عليهم، وكذلك إذا كان وصيا على الثلث فباع بغير إذن الورثة. وبالله التوفيق. وقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال أشهب

الحديث ....

[2277] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود وذي ص392 وم ص126 ويم140 ومايابى275.

[2278] *- في المطبوع وللموصى وما بين المعقوفين من م126 ويم161 ومايابى275.

[2279] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص392 وم ص126 ويم140 ومايابى275.

[2280] *- في م126 ويم161 فينميه.

[2281] – ساقطة من المطبوع ومايابى275 وم126 ويم140 وما بين المعقوفين من ن عدود ص392.

[2282] *- في البيان ج12 ص443 في ذلك شرك.

نص خليل ....

متن الحطاب في المجموعة: [وفي كتاب[2283]] ابن المواز في الوصي [يبيع[2284]] الرقيق والحيوان وغيره يريد لإنفاذ وصاياه وفي الورثة غائب كبير لا يولى عليه فذلك له، وكذلك لو كان عليه دين ولو أوصى بوصية أو بالثلث صدقة أو غيرها والورثة كبار كلهم فله بيع العقار وغيره، وفيها قول إنه ليس له بيع شيء من العقار إلا الثلث وهو أحب إلي وكل ماله فيه بيع العقار فله بيع ما سواه من الحيوان وغيره، وإذا لم يكن عليه دين [أو أوصى[2285]] بوصية ولم يترك عقارا والورثة كلهم كبار غيب أو بعضهم غيب فله بيع ما كان من العروض والحيوان بخلاف الرباع وإن كانوا حضورا. محمد: أو قربت غيبتهم فليس له بيع شيء ولا للسلطان، وله بيع ذلك في الغيبة البعيدة.

قال ابن القاسم: إذا رفع ذلك إلى السلطان حتى يأمره أو يأمر من يبيع معه، ومن المجموعة ونحوه في كتاب ابن المواز. قال ابن القاسم وأشهب: إذا كانوا أصاغر وأكابر فلا بيع حتى يحضر الأكابر.

قال ابن القاسم: وإن غابوا بأرض نائية وترك حيوانا ورقيقا وعروضا فله بيع ذلك، ويرفع ذلك إلى الإمام حتى يأمر من يبيع على الغائب.

قال أشهب: إن قربت غيبتهم فليبع ما يخاف عليه ويرى أن بيعه أفضل للجميع ويقسم الثمن إذا قدموا، وإن شاء قسمة في غيبتهم ثم من تلف حقه كان منه صغيرا كان أو كبيرا، وكذلك إن كان الورثة عصبة. قال سحنون: كيف يبيع على الورثة الكبار الغيب بغير أمر السلطان وكيف يقسم بينهم؟ ثم ذكر كلام العتبية المتقدم في سماع عيسى.

وقال اللخمي في كتاب القسمة بعد أن ذكر الخلاف المتقدم: وأصل المذهب والمعروف منه أنه لا يَقْسِمُ [الْوَصِيُّ[2286]] على الغيب الكبار ولا يبيع لدين ولا لغيره ولو جاز أن يقسم الثلث من الثلثين لجاز أن يقسم بين الصغار والكبار. انتهى. ونقله ابن عرفة في كتاب القسمة وقبله، فيتحصل من هذا أنه اختلف هل يجوز بيع الوصي التركة لقضاء الدين وتنفيذ الوصايا إذا كان الورثة غيبا كبارا أو فيهم غائب كبير أم لا؟ فأجاز ذلك أشهب حتى في العقار ومنع ذلك غيره، وهو المعروف من المذهب حتى يرفع إلى السلطان فيأمره بالبيع، أو يأمر من يبيع معه للغائب أو يقسم ما ينقسم، وإذا كان هذا القول هو المعروف في المذهب فأحرى أن يمنع بيعه لغير ذلك حتى [يرفع[2287]] إلى السلطان ويرد إن وقع، وما تقدم من الأقوال فكلها استحسان على غير قياس كما تقدم بيان ذلك. والله أعلم./ 393

فرع: فإن مات في سفر فلأوصيائه بيع متاعه وعروضه لأنه يثقل حمله. قاله في النوادر بل ذكر البرزلي في كتاب السلم عن أبي عمران أن من مات في سفر بموضع لا قضاة فيه ولا عدول ولم يوص، فاجتمع المسافرون وقدموا رجلا باع هناك تركته ثم قدموا بلد الميت فأراد الورثة نقض البيع

الحديث ....

2283 *- في المطبوع في كتاب وما بين المعقوفين من م126 ومايابى275 ويم161.
2284 *- في المطبوع ببيع وما بين المعقوفين من سيد52 ومايابى275 وم126 ويم161.
2285 *- في المطبوع ولا أوصى وما بين المعقوفين من م126 ويم161.
2286 *- في المطبوع الموصى وما بين المعقوفين من م126 ومايابى276 وسيد52 ويم162.
2287 *- في المطبوع يرجع وما بين المعقوفين من م126 ومايابى276 ويم162 وسيد52.

نص خليل ....

متن الحطاب [إذ[2288]] لم يبع بإذن حاكم وبلده بعيد من موضع الموت أن ما فعلته جماعة الرفقة من بيع وغيره فجائز. قال: وقد وقع هذا لعيسى بن مسكين وصوب فعله وأمضاه، [ونقل عن الداوودي[2289]] أنه [أمر ببيع تركة[2290]] رجل غريب يذكر أنه من أحواز فاس وورثته مجهولون ودفع الثمن إلى [ثقات[2291]] من أهل المغرب وأمرهم بالبحث عن ورثته فإن يئس منهم تصدق به على الفقراء، وذكر رجل أنه تسلف من الميت دينارا فأمره بدفعه لأولئك الثقات ويبرئه ذلك إذا أشهد على الدفع. انتهى.

تنبيه: علم مما تقدم أن تنفيذ الوصايا من قضاء دين أو وصية أو بالثلث أو صدقة أو غيرها لوصي الميت، ويفهم ذلك أيضا من كلام المدونة في الوصايا في القسمة، وقال في اللباب: وتنفيذ الوصية لوصي الميت. انتهى. وسيأتي في كلام المصنف أن للوصي اقتضاء ما [للموصي[2292]] من الديون والتأخير بالنظر، ويأتي هناك حكم قضاء الوصي ما على الميت من الدين إذا لم يشهد به غيره، وكذلك حكم ما [علمه[2293]] من الوصايا والحقوق دون غيره، ومسألة اختلاف أهل الوصايا والديون مع الوارث في البيع نقلها في اللباب، وحصل ابن رشد في البيان في رسم الوصايا الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا الأول خمسة أقوال، وأطال الكلام في ذلك فليراجعه من أراده، ومسألة إرسال الوصي مال الورثة ذكرها في المدونة في كتاب الوديعة، ومسألة إرسال القاضي مال الورثة ذكرها في أوائل المنتخب وفي أواخر باب الأقضية من ابن عرفة، وفي آخر القسم الخامس من الركن السادس من تبصرة ابن فرحون وفي باب الجهاد من حاشية المشذالي.

فرع: ذكر البرزلي عن ابن رشد مسألة وهي ما إذا باع الوصي عقارا أكثر من حصة الميت وفرقه أنه لا رجوع على الوصي، والمسألة في مسائل الوصايا من نوازل ابن رشد، ونصها: وكتب إليه القاضي عياض يسأله عن رجل أسندت إليه وصية بثلث فنظر مع الورثة في بيع التركة حتى خلصت وفرق الثلث على معينين وغير معينين حسبما في الوصية وكان في التركة [شقص[2294]] يشارك فيه بعض الورثة وغيره فبيع فيما بيع واشتراه الشريك الوارث وتوزع ثمنه على قدر المواريث والوصية، فلما كان بعد مدة تأملت القصة، [فإذا قد وقع[2295]] فيها غلط ووهم وقد بيع من الربع من المواريث أكثر من نصيب الميت، وتبين ذلك وثبت، ووجب له الرجوع بالثمن في التركة إذا لم يحز سائر الأشراك بيع

الحديث ....

[2288] *- في المطبوع إذا وما بين المعقوفين من مايابى277 وم127 وسيد52 ويم162.

[2289] *- في المطبوع وذكر الدودي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد52 ومايابى277.

[2290] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم ص127 ويم141 ومايابى277.

[2291] *- في المطبوع ثقاة وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

[2292] - في المطبوع وم ص127 وسيد للوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 ويم141 (ومايابى277 خرجة).

[2293] *- في المطبوع عليه وما بين المعقوفين من يم162 وم127.

[2294] - في المطبوع ويم162 شخص وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم ص127 وسيد ومايابى277.

[2295] *- علق عليها الشيخ محمد سالم ب مرض عليها عدود لأن إذا الفجائية تختص في الجملة الإسمية وربما وقع هذا في كلامه.

نص خليل ....

متن الحطاب الزائد فأخذ من كل وارث مصابه وبقي ما للثلث، وقد فرق كما ذكر؟ فأجاب: لا ضمان على الوصي فيما نفذه مما يجب من الثمن للحصة الزائدة على حق الميت، ويرجع المبتاع بما ناب [الوصية[2296]] من ذلك، ويرجع هو على من وجد من الموصى لهم المعينين، وتكون المصيبة منه فيمن لم يجد منهم، وفيما فرق على المساكين غير المعينين على مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك الذي نعتقد صحته. وبالله تعالى التوفيق. انتهى.

مسألة: قال ابن رشد في نوازله في باب الوصايا: إذا أوصى بوصية [أوفك[2297]] أسير أو غير ذلك من وجوه البر وجعل تنفيذ الوصية إلى رجل أجنبي أو وارث وشرط في تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم فلا يجوز لأحد من القضاة والحكام أن يتعقب شيئا من ذلك ولا ينظر فيه، والأمر في ذلك للورثة، فإن كانت الوصية مما يبقى لهم فيه منفعة كالعتق وشبهه كان لهم أن يقوموا حتى يعلموا أنها قد نفذت، كان المتقدم لها وارثا أو أجنبيا، وإن كانت الوصية مما لا يبقى لهم فيه منفعة كالصدقة فلا قيام لهم في ذلك إلا أن يكون المنفذ وارثا. انتهى.

394 [وقال[2298]] في/ [النوازل[2299]] أيضا قبل ذلك بنحو الورقة في باب الوصايا: سؤال سأله عنه القاضي عياض، ونصه: المقدم على تنفيذ ثلث الميت إذا أراد مقاربة الورثة ومسامحتهم، وقد جعل له في التقديم أنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه هل للحاكم النظر في تحصيل الثلث والحوطة عليه ثم بعد ذلك يفوض نظره إليه؛ إذ التفويض إنما هو في التفريق وحده أم لا سبيل للحاكم إليه؟ فأجاب: لا يجوز للمقدم على تنفيذ الثلث مقاربة الورثة ولا مسامحتهم في ذلك، وإن اتهمه القاضي بذلك شرك معه من يثق به في [تحصين[2300]] الثلث ثم يكل تنفيذ ذلك إليه في الوجوه التي جعل [إليه تنفيذها[2301]] أو بما يراه باجتهاده إن كان فوض إليه النظر في ذلك لقول الموصي، ولا اعتراض عليه من حاكم ولا غيره، وهذا في الوصي المأمون، [وأما غير المأمون[2302]] الذي يخشى عليه [أن يتقبض[2303]] على الوصية ولا ينفذها فيكلفه إقامة البينة على تنفيذها على معنى ما وقع في سماع أشهب من كتاب الوصايا، فإن لم يأت بالبينة على ذلك ضمن إن كان سارقا معلنا، وإن كان متهما ولم يكن بهذه الصفة [استحلف[2304]] ولم يضمن، إلا أن ينكل عن اليمين، وإن كان مأمونا لم تكن عليه يمين وهو محمول على أنه مأمون حتى يثبت أنه غير مأمون. انتهى. وما ذكره عن سماع

الحديث ....

2296 - في المطبوع الموصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 وم ص127 ويم ص141 وسيد ومايابى277.

2297 - في المطبوع أفك وما بين المعقوفين من ن عدود ص393 (وم ص127 ويم ص141 ومايابى277 وسيد أو فكاك).

2298 *- في المطبوع قال وما بين المعقوفين من سيد52.

2299 *- في المطبوع النوادر وما بين المعقوفين من م127 ويم162.

2300 - في المطبوع ويم162 تحصيل وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم ص127 وسيد ومايابى278.

2301 - في المطبوع تنفيذها فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 وم ص127 ويم ص141 ومايابى278.

2302 *- في المطبوع واما في غير المأمون وما بين المعقوفين من م127 ومايابى278 ويم162 وسيد53.

2303 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في نوازل عياض ص190.

2304 *- في المطبوع استخلف وما بين المعقوفين من م127 ومايابى278 ويم162 وسيد53.

نص خليل ....

متن الحطاب أشهب هو في رسم الوصايا من كتاب الوصايا الثاني، ونصه: وسمعته يسأل عمن أوصى إلى رجل بوصايا من عتق [وصدقة[2305]] وغير ذلك فأراد الورثة أن يكشفوه عنها وأن يطلعهم عليه فقال: أما الصدقة فليس لهم أن يكشفوه عنها إذا كان غير وارث، إلا أن يكون سفيها معلنا مارقا فيكشف عن ذلك، ولهم أن يكشفوه وإن كان غير وارث ولا سفيه عن العتق؛ لأن ذلك يعقد لهم الولاء، فأما إذا كان الموصى إليه سفيها معلنا فأرى أن يكشف عن ذلك كله فإن من الأوصياء من [يقبض[2306]] [على[2307]] الوصية فلا ينفذ منها شيئا.

قال ابن رشد: هذا كما قال إن الوصي يكشف عما جعل إليه من تنفيذ الوصية بالصدقة وغير ذلك مما لا يبقى فيه منفعة للورثة إذا كان سفيها معلنا مارقا يبين ما تقدم من قوله في سماع ابن القاسم في أنه ليس للورثة أن يقوموا معه في تنفيذ الوصية إلا أن يكون مما يبقى له فيه منفعة كالعتق وشبهه، وقوله أنه يكشف عن ذلك إذا كان سفيها معلنا مارقا معناه أنه يكلف إقامة البينة على تنفيذ الوصية، فأما إن لم يأت ببينة على ذلك وتبين [تقبضه[2308]] عليها أو استهضامه لها [ضمن[2309]] إياها، وإن لم يكن بهذه الصفة من الاشتهار بالسفه والمروق واتهم استحلف، فإن نكل عن اليمين ضمن، وإن كان من أهل العدل والثقة لم تلحقه يمين، وهو محمول على الثقة والعدالة حتى يعرف خلاف ذلك من حاله. اهـ. وبالله التوفيق. ونص ما أشار إليه في أول سماع ابن القاسم: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكا قال في الرجل يوصي بأنه يعتق عنه، وأن يحمل عنه في سبيل الله ويستخلف على ذلك وارثا، فيريد بعض الورثة أن ينفذ ذلك وينظر فيه معه؟ قال: إن كان وارثا رأيت ذلك عليه، وإن لم يكن المستخلف وارثا فليس ذلك عليه إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وما أشبهه.

قال ابن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أن الرجل إذا استخلف على تنفيذ وصيته وارثا من ورثته فليس له أن يغيب على تنفيذ ذلك دون سائرهم، ولمن قام مع ذلك أن ينفذ ذلك وينظر معه مخافة أن يكون أوصى إليه [بالوصية،[2310]] والوصية للوارث لا تجوز إلا أن يجيزها الورثة، سواء سمى الميت ما ينفذها فيه من عتق أو صدقة. [مال في السبيل[2311]]: أو بما سوى ذلك من وجوه البر أو كان قد فوض إليه حيث أراه الله، [وإن[2312]] استخلف على ذلك غير وارث فليس عليه أن [ينفذ شيئا[2313]] من ذلك بحضرتهم، ولا لهم أن يكشفوه عن ذلك. قال في الرواية: إلا فيما تبقى منفعته للورثة كالعتق وشبهه والمنفعة التي تبقى في العتق هو الولاء الذي ينجر عن المتوفى إلى من يرثه عنه فلا يختص

الحديث ....

[2305] *- في المطبوع وصدقه وما بين المعقوفين من ن عدود ص394 ويم162 وسيد53 وم127.

[2306] *- في البيان، ج3 ص29 يتقبض.

[2307] *- في المطبوع عن وما بين المعقوفين من يم162 وسيد53 وم127.

[2308] *- في المطبوع نقيضه وما بين المعقوفين من البيان ج13 ص30.

[2309] *- في المطبوع ضمنه وما بين المعقوفين من سيد53 ويم162 وم127 والبيان ج3 ص30.

[2310] – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م127 وسيد53.

[2311] – في المطبوع قال في البيان وما بين المعقوفين من سيد53 والبيان، ج12 ص423.

[2312] – في المطبوع ويم ص141 وم ص127 أنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص394.

[2313] *- في المطبوع ينفذ عليه شيئا وما بين المعقوفين من سيد53 وم127.

نص خليل ....

متن الحطاب

395 بذلك الورثة دون غيرهم؛ إذ قد يرثه من لا ينجر إليه/ من الولاء شيء [وهو[2314]] البنات والأخوات والزوجات والأمهات والجدات، وقد ينجر إلى من لم يرثه ممن حجب عن ميراثه من الإخوة والعصبة، فالحق في كشف الوصي الأجنبي عن العتق إنما هو [لمن[2315]] ينجر إليه الولاء عن الميت وإن لم يكن وارثا، ولا كلام لمن [لا[2316]] ينجر إليه الولاء عنه وإن كان وارثا له، والذي يشبه العتق في بقاء المنفعة للورثة هو الإخدام والتعمير والتحبيس، فأما الإخدام والتعمير فالحق فيه لجميع الورثة؛ لأن المرجع في ذلك إليهم.

وأما التحبيس فمنه ما يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس، ومنه ما يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس به؟ فالحق في [الحبس[2317]] الذي يرجع إلى أقرب الناس بالمحبس لمن [يرجع[2318]] إليه منهم، والحق في الحبس الذي يختلف هل يرجع إلى ورثته، أو إلى أقرب الناس إليه لجميع ورثته وأقاربه من الرجال والنساء من قام منهم كان له كشفه عنه حتى يعلم أنه قد أنفذه لما قد يكون له فيه من المنفعة باتفاق أو على اختلاف، وهذا في الوصي المأمون، وأما غير المأمون فيكشف عن الوصايا [كلها[2319]] من العتق والصدقة بالعين وغير ذلك على ما قاله في رسم الوصايا من سماع ابن القاسم أن السفيه المعلن المارق يكشف عن كل شيء من الصدقة وغيرها، وهو محمول على أنه مأمون حتى يتبين أنه غير مأمون، وعلم من لفظ السماعين المذكورين أنه لا فرق في الحكم المتقدم بين أن يشترط الوصي للموصي تنفيذ الوصية دون مشورة قاض ولا تعقب حاكم، وأنه لا اعتراض عليه من حاكم وغيره بوجه من الوجوه كما ذكر ذلك في السؤالين في [النوازل،[2320]] [أو لا[2321]] يشترط ذلك كما في لفظ السماعين المذكورين. والله أعلم.

ومن هذا المعنى مسألة كتاب الوديعة والشهادة من المدونة، ونصها على ما في كتاب الوديعة: ولو أمرته بصدقة على قوم معينين فإن صدقه بعضهم وكذبه بعضهم ضمن حصة من كذبه، ولو أمرته بصدقة على غير معينين صدق مع يمينه إن لم يأت ببينة. انتهى. قال أبو الحسن: هذه المسألة تبين مسألة كتاب الشهادة قال فيه فإن كانوا غير معينين صدق، ولم يذكر هناك يمينا. ابن يونس: يحلف إذا كان متهما. انتهى. ومن هذا المعنى كشف وارث المحجور الوصي عما بيده فقال ابن رشد في نوازله في كتاب الصدقات: وليس [لوارث[2322]] المحجور ولا لوليه أن يكشف الوصي عما بيده

الحديث ....

2314 *- في المطبوع وهم البنات وفي سيد53 وهو البنات وفي م127 وهن البنات ص395.

2315 *- في المطبوع ممن وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد58 ويم63.

2316 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2317 - في المطبوع بالمحبس وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 وم ص128 ويم ص142.

2318 *- في المطبوع رجع وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2319 *- ساقطة من المطبوع وقد وردت في البيان ج12 ص424.

2320 *- في المطبوع النوادر وما بين المعقوفين من يم163 وسيد53 وم128.

2321 *- في المطبوع ولا وما بين المعقوفين من سيد53.

2322 - في المطبوع للوارث وما بين المعقوفين من ن عدود ص395 سيد يم163 م128.

نص خليل ....

متن الحطاب لمحجوره، ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده، ولكن للقاضي أن يجبر الوصي على أن يشهد لليتيم بماله بيده. انتهى. ونقله ابن سلمون في الوصايا، ونصه: وسئل ابن رشد في رجل له ولي محجور وله مال وتصدق عليه بصدقات ونحل نحلا، فطلب هذا الرجل من وصيه أو من الحاكم نسخ تلك العقود وقام في الكشف لوصيه عما في يده من مال المحجور إذا زعم أنه وارثه وأن المال لما توفي هذا المحجور صار إليه هل له في ذلك حجة أم لا؟ فقال: ليس لوارث اليتيم أن يستكشف وصيه عما له بيده من المال أو يخاصمه في ذلك ولا أن يأخذ منه نسخ عقوده وعلى الوصي أن يشهد ليتيمه بما له بيده، فإن أبى من ذلك أخذه الحاكم ببيانه أن يوقف فيعين مال اليتيم عنده. انتهى.

وقال في العتبية في رسم الأقضية الثاني من سماع أشهب من كتاب الوصايا: وسئل -يعني مالكا- فقيل له إن سيدي كاتبني وأوصى إلي فسألني بعض موالي وهو ولد سيدي عما في يدي وعما ربحت فيه وأنا عند الناس كما أحب أفذلك علي؟ قال: لا أرى ذلك عليك، أليس ما في [يديك مالا معروفا؟[2323]] قال: بلى، ولكنه يريد أن يعلمه ويعلم ما ربحت فيه [فقال: ما أرى ذلك عليك.[2324]]

قال ابن رشد: وقوله: "وأوصى إلي" يريد أنه [أوصى[2325]] إليه بالنظر على بنيه، فلم ير عليه أن يخبره بما ربح في مال اليتيم الذي هو ناظر فيه لولده؛ لأن الوصي لا يلزمه أن يكشف عما بيده إلا إذا خيف عليه أن يكون قد أتلفه، وهو محمول على الأمن من ذلك حتى يثبت خلاف ذلك من حاله فإذا كان ما في يده من المال معروفا فلا يلزمه أن يكشف عنه، ولا يخبر بما/ ربح فيه لأن ذلك غضاضة عليه إذ لا يفعل ذلك إلا بمن لا يوثق به، وسيده قد استأمنه ووثق به فهو محمول على ذلك. انتهى. ومن هذا المعنى كشف المرأة الموصى إليها بولدها إذا تزوجت حسبما ذكره في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا الأول، ونصه: وسئل مالك عن امرأة هلك زوجها وأوصى إليها بولدها وبما كان له من مال فتزوجت المرأة وخيف على المال أترى أن يكشف؟ قال مالك: إن كانت المرأة لا بأس بحالها فلا أرى ذلك، وإن [كان يخاف[2326]] كشف ما قبلها. قال ابن رشد: إنما قال إنه يكشف ما قبلها إن كان يخاف على المال عندها ولا يكشف إن كان لا بأس بحالها ولم يبين ما تحمل عليه من جهل حالها، والظاهر من قول مالك في رسم الوصايا من سماع أشهب بعد هذا أن المرأة إذا تزوجت غلبت على [جل[2327]] أمرها حتى تعمل ما ليس بصواب أنها عنده محمولة على الخوف عليها إذا تزوجت فيكشف ما قبلها إلا أن يعلم أنه لا بأس بحالها، وقال ابن المواز: قال ابن القاسم: ووجه ما [سمعت في المال[2328]] أن

396

الحديث ....

[2323] *- في المطبوع يدك مال معروف وما بين المعقوفين من البيان ج13 ص13.

[2324] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص 395 (ويم ص 142 وم ص 128 لا أرى ذلك عليك)

[2325] *- في المطبوع أو أوصى وما بين المعقوفين من ن عدود ص395.

[2326] – في المطبوع كانت بخلاف ذلك وما بين المعقوفين من البيان، ج2 ص444 وفي م128 وإن كانت تخاف.

[2327] *- في المطبوع الحال وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج12 ص444.

[2328] *- في المطبوع سمعت هذا في المال وما بين المعقوفين من م128 ويم163 وسيد53.

نص خليل وَلاَ يَقْسِمُ عَلَى غَائِبٍ بِلاَ حَاكِمٍ وَلاِثْنَيْنِ حُمِلَ عَلَى التَّعَاوُنِ وَإِن مَّاتَ أَحَدُهُمَا أَوِ اخْتَلَفَا فَالْحَاكِمُ وَلاَ لأَحَدِهِمَا إِيصَاءٌ.

متن الحطاب ينظر إلى حالها، فإن رضي حالها وسيرتها والمال يسير لم يؤخذ منها. محمد: ولم يكشف إن كان المال كثيرا، [وهي[2329]] مقلة، وخيف من ناحيتها، وأرى أن ينزع المال منها، وقاله أصبغ، وهي على الوصية على كل حال إلا أن تكون مبرزة [إلا[2330]] من إبقاء المال عندها بعد النكاح في الحزم والدين واليسر والحرز فيقر بيدها. قلت: وإذا خيف على المال عندها فنزع منها ولم تعزل هي عن الوصية فليقدم معها من يكون المال عنده ويشاورها في النظر. انتهى. وبالله التوفيق.

ص: **ولا يقسم [على غائب بلا حاكم[2331]]** ش: هذا نحو قوله في قسمة المدونة: إذا كان في الورثة كبير غائب لم تجز قسمة الوصي عليه، ولا يقسم لغائب إلا الإمام ويوكل بذلك، ويجعل ما صار له بيد أمين، وليس للوصي أن يقول أبقوا [حظ[2332]] الغائب بيدي. انتهى أوله بالمعنى. وقال البرزلي في مسائل القسمة: سئل أبو محمد عمن هلك وترك ورثة أحدهم غائب وترك حائطا اقتسموه بمحضر جمع لا بأمر السلطان، وعزلوا للغائب حظه، ووقع البيع في بعض تلك الحظوظ والاستغلال في بعضها والعمارة ثم قدم الغائب هل يمضي القسم عليه أم لا؟ وهل تكون الغلة لمن اغتل أم لا؟ وهل يمضى البيع والتفويت أم لا؟ فأجاب بأن القسمة فاسدة وترد البياعات، وما اغتله المتقاسمون فعليهم رده أو مثله إن كان له مثل، أو قيمته إن لم يكن له مثل ويكون بينهم، وما اغتله المشترون فإن كانوا عالمين بالغائب فعليهم رد حظه إليه من الغلة، وإن كانوا غير عالمين فلا شيء عليهم من الغلة، ويكون لهم أجر قيامهم وتعبهم. البرزلي: هذا نحو قوله في المدونة وذكر ما تقدم./ 397

ص: **[ولاثنين[2333]] حمل على التعاون** ش: قال في الوصايا الأول من المدونة: وإن أوصى إلى وصيين فليس لأحدهما بيع ولا شراء ولا إنكاح ولا غيره دون صاحبه إلا أن يوكله قال غيره لأن لكل واحد منهما ما لصاحبه.

قال ابن القاسم: فإن [اختلفا[2334]] نظر السلطان ثم [قال:[2335]] ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه، ومن ادعى على الميت دعوى وأحدهم حاضر خاصمه ويقضى له ويكون الغائب إذا قدم على حجة الميت. انتهى. زاد اللخمي إثر قول المدونة: "ولا يخاصم أحد الوصيين خصما للميت إلا مع صاحبه" إلا أن يوكله أو يكون غائبا. انتهى. وقال ابن حارث في أصول الفتوى: ولا يخاصم أحد الوصيين دون صاحبه فيما يطلبونه من مال الميت، وجائز أن يخاصم [أحدهما[2336]]

الحديث ....

2329 *- في المطبوع ولا هي وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج12 ص444.

2330 *- كذا في النسخ.

2331 - في المطبوع سيد على حاكم غائب بلا حكم وما بين المعقوفين من ن عدود ص396 وم ص128 ويم ص142.

2332 - في المطبوع حق وما بين المعقوفين من م128 وسيد53.

2333 - في المطبوع والاثنين وما بين المعقوفين من م128 وسيد53.

2334 - في المطبوع وم ص128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص142 وسيد ومايابى279.

2335 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 وم ص128 وسيد ومايابى279.

2336 - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص142 وم ص128 وسيد ومايابى279.

نص خليل ....

متن الحطاب فيما يطلب به الميت؛ لأن القضاء على الغائب جائز، ويكون الغائب على حجته. انتهى. فإن أنكح [أحدهما[2337]] بغير إذن الآخر فقد تقدم في النكاح أنه نكاح فاسد، فإن باع أو اشترى دون صاحبه وأراد صاحبه رده رفعه [للسلطان، فإن[2338]] رآه صوابا أمضاه وإلا رده، فإن فات المشترى بالبيع كان على الذي [انفرد[2339]] بالبيع الأكثر من الثمن أو القيمة، وإن اشترى وفات البائع بالثمن كانت السلعة المشتراة له وغرم الثمن، وقال أشهب إلا في الشيء التافه الذي لا بد لليتيم منه مثل أن يغيب أحدهما فيشتري الباقي الطعام والكسوة وما يضر باليتيم [استئخاره.[2340]] انتهى. ونقله في التوضيح، وقال في آخر كتاب الرهون من مختصر المدونة لابن أبي زيد: وللوصي أن يرهن من مال اليتيم رهنا فيما يبتاع له من مصالحه كما يتداين عليه، ولا يدفع أحد الوصيين رهنا من التركة إلا بإذن صاحبه، وإن [اختلفا[2341]] نظر الإمام، وكذلك البيع والنكاح. انتهى. والله أعلم.

تنبيه: قول المصنف: "حملا على التعاون" هذا إن أطلق الميت، وأما إن نص على اجتماع أو انفراد فلا إشكال أنه يتبع. قاله في التوضيح وغيره، وقال ابن سلمون: فإن قدم على الميت وصيان فلا يجوز لأحدهما أن ينفرد بالنظر عن صاحبه، إلا أن يشترط المقدم أن من عاقه منهما عائق انفرد صاحبه به فيكون له ذلك عند العائق. اهـ.

مسألة: قال ابن سهل في أحكامه في أوائل مسائل السفيه: وقالوا في رجل أوصى على ابنه إلى فلان وفلان فمن مات منهما أو غاب فالباقي منفرد فثبت سخطة أحدهما فإن للقاضي أن يوكل مع الباقي ناظرا مأمونا ولا ينفرد لأن المعزول لسخطة لم يمت ولا غاب. انتهى.

فرع: قال المشذالي في حاشيته في كتاب الوصايا الأول: قال ابن عبد السلام: انظر هل يتنزل المشرف على الوصي منزلة أحد الوصيين؟ قال المشذالي: [قال[2342]] ابن سهل عن ابن عتاب في بعض أجوبته ما نصه: وسبب المشاورة كسبب الوصي أو أقوى، وانظر نوازل ابن رشد في النكاح فإنه قال إن المشرف ليس بولي ولا وصي، وإنما له المشورة. انتهى. ونحوه في اللباب في باب الوصايا [ونصه:[2343]] فإن كان أحدهما مشرفا فله أن يشرف على أفعال الوصي كلها، ولا يفعل شيئا إلا بمعرفته، فإن فعل شيئا بغير علمه مضى إن كان [سدادا[2344]]، وإلا رده، وشهادة المشرف للمحجور جائزة، بخلاف الوصي. انتهى.

الحديث ....

[2337] - في المطبوع أحدهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص142 وم ص128 وسيد ومايابى279.

[2338] - في المطبوع وسيد ويم ص142 وم ص128 قال اللخمي فإن فعل وأراد الآخر رد وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ومايابى279.

[2339] - في المطبوع نفرد وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص142 وم ص128 وسيد ومايابى279.

[2340] - في المطبوع يم ص143 وم ص128 استئجاره وما بين المعقوفين من ن عدود ص397.

[2341] - في المطبوع وم ص128 اختلف وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص143 وسيد ومايابى279.

[2342] - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من م129 وسيد93.

[2343] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص143 وم ص129 ومايابى279.

[2344] - في المطبوع سددا وما بين المعقوفين من م129 وسيد93.

نص خليل وَلاَ لَهُمَا قَسْمُ الْمَالِ وَإلاَّ ضَمِنَا.

متن الحطاب وفي ابن سلمون في آخر ترجمة الكلام على المحجور بعد أن ذكر الكلام على الوصيين، وأما [المشرف[2345]] إذا كان على وصي فإنما يكون المال عند الوصي. قال أحمد بن نصر: وله [إجراء[2346]] النفقة والكسوة على محجوره، ولا يكون ذلك من المشرف، وإنما للمشرف النظر في البيع والشراء [لا يكون إلا[2347]] برأيه، وإن فعل بغير رأيه رده إن لم يكن نظرا، وقال غيره للمشرف أن يشرف على أفعال الوصي كلها من إجراء النفقة وغيرها، ولا [يتقلب[2348]] [في شيء[2349]] إلا بمعرفته، فإن فعل شيئا بغير علمه مضى إن كان سدادا، وإلا رده المشرف،وإن أراد رد السداد لم يكن له ذلك ونظر السلطان فيه. انتهى. وتقدم في النكاح عند قول المصنف: "وبأبعد مع أقرب إن لم يجبر" كلام ابن رشد في النوازل على المشرف، وأنه ليس بولي وإنما له المشورة والإجازة

398 والرد إن عقد الوصي/ بغير إذنه. والله أعلم. ومن مختصر النوازل: أفتى القاضي ابن رشد أن المحجور إذا جرى بينه وبين المشرف على وصيه في أمر عداوة أو مخاصمة فإنه يعزل عن الإشراف. انتهى. وهي في مسائل الدعوى والخصومات من النوازل مبسوطة. والله أعلم.

ص: ولا لهما قسم المال وإلا ضمنا ش: قال في المدونة: ولا يقسم المال بينهما ولكن عند أعدلهما، فإن استويا في العدالة جعله الإمام عند أكفئهما، ولو اقتسما الصبية فلا يأخذ كل واحد حصة من عنده من الصبيان. انتهى. قال اللخمي: ولو جعلاه عند أدناهما عدالة لم يضمنا لأن كليهما عدل ثم قال: قال مالك في كتاب محمد: فإن اختلفوا طبع عليه وجعل عند غيرهم. انتهى. وقول المصنف: "وإلا ضمنا" أي وإن اقتسماه ضمنا، [وهذا قول ابن الماجشون، وعليه اقتصر ابن الحاجب، وظاهر كلام المصنف أن كل واحد يضمن ما بيده وما بيد صاحبه، [2350]] وهو الذي نقله اللخمي عن ابن الماجشون، [وظاهر[2351]] ما حكاه ابن يونس وابن الحاجب أن كل واحد إنما يضمن ما بيد صاحبه، وقال أشهب وسحنون لا ضمان عليهما.

فرع: قال ابن عات عن المشاور: إن قسم الوصيان المال فباع أحدهما دون إذن صاحبه [أو وكالته[2352]] لم يجز بيعه ويرده الآخر، ويضمنه إن فات، إلا أن يكون شرط الموصي أن من عاقه عائق فالباقي منهما منفرد بالوصية ففعل أحدهما جائز وقت مغيب الآخر،أو شغله من غير وكالة،ولا

الحديث ....

[2345] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص143 وم ص129 وسيد ومايابى279..

[2346] *- في المطبوع أجر وما بين المعقوفين من يم164 وسيد53 ومايابى279.

[2347] – في المطبوع إلا أن يكون وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص143 وم ص129 وسيد ومايابى279.

[2348] *- في المطبوع ينقلب وما بين المعقوفين من م129 ويم164.

[2349] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص397 ويم ص143 وم ص129 ومايابى280.

[2350] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129 ومايابى280.

[2351] – في المطبوع ظاهره وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129 ومايابى280.

[2352] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129 وسيد ومايابى280.

نص خليل وَلِلْوَصِيِّ اقْتِضَاءُ الدَّيْنِ وَتَأْخِيرُهُ بِالنَّظَرِ.

متن الحطاب ضمان عليه فيما فعل حينئذ. قلت: هذا على مذهب ابن الماجشون لا سحنون. انتهى من مسائل الوصايا من البرزلي.

ص: وللوصي اقتضاء الدين ش: تصوره ظاهر، وأما قضاء الوصي ما على الميت من الدين فقال في النوادر في أوائل كتاب الوصايا: قال أصبغ في الميت يشهد وصيه أن ثلثه صدقة ولا يشهد غيره قال إن خفي له وأمن إذا أخرجه فليفعل ولا إثم عليه، بل ذلك عليه واجب، وقد قال أشهب إذا علم أن على الميت دينا وهو لا يخاف عاقبته فعليه أن يؤديه من تركته، وكذلك ما سئلت عنه من الوصايا والحقوق والديون، ولو علم أن في تركته عبدا حرا يعتق من رأس ماله أو في ثلثه أن عليه أن يهمله ولا يعرض له ببيع ولا خدمة ولا بغيرها، وكذلك الوارث فيما علم من هذا كله [وأشهده[2353]] عليه الميت وهذا الباب كثير معناه في كتاب الشهادات. انتهى.

وفي الكتاب المذكور منها أيضا عن ابن المواز قال أشهب عن مالك في صغير يوصى له بدينار [فلم[2354]] يشهد بذلك إلا الوصي، فإن خفي للوصي دفع ذلك فليفعل، وكذلك لو رفع إلى الإمام فلم يقبل شهادته فله دفعه إن خفي له. قال محمد: ولو كان كبيرا لحلف وأخذ، ولو كان كذلك يوقف للصبي حتى يكبر فيحلف لكان [يتهم الوصي[2355]] في بقاء ذلك بيده إلى بلوغه. انتهى. ثم قال في آخر الوصايا الأول في ترجمة الوصي يقضي عن الموصي الدين بغير بينة: ومن المجموعة قال أشهب: وللوصي أن يقضي الدين عن الميت بغير أمر [قاض إن كانت[2356]] فيه بينة عدول، والثقة له أن لا يدفع إلا بأمر قاض؛ لأنه لو بلغ بعض الورثة فجرح شهود الدين لضمن [وأخذت[2357]] ممن قبضها، ولو كان بأمر قاض لم يرد ولم يقبل تجريحهم لأنه حكم نفذ، وإن دفع الوصي إلى الغريم ثم قام آخرون فأثبتوا دينهم وجرحوا بينة الأول فالوصي ضامن، ويرجع على الأول بما أخذ أو يغرمه القائمون [إن شاءوا، أو يدعوا[2358]] الوصي ثم لا يرجع الأول على الوصي بشيء، ولو دفع إليه بقضية لم يضمن للقائمين بعده ورجعوا على الأول بحصتهم، وكذلك قال ابن القاسم إن كان الوصي عالما بغرماء الميت، أو كان موصوفا بالدين فيضمن لمن أتى ويرجع على من أخذ، وأما إن لم يعلم ولم يكن الميت موصوفا بالدين لم يرجعوا إلا على من أخذ، وقال في قضاء الورثة بعض الغرماء كما قال في الوصي.

الحديث ....

[2353] – في المطبوع وأشهد وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 وم ص129 وسيد ومايابى280.

[2354] – في المطبوع فإن لم وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129 وسيد ومايابى280.

[2355] – في المطبوع بينهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129 وسيد ومايابى280.

[2356] – في المطبوع قال إن من كان فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص398 ويم ص143 وم ص129.

[2357] *- في المطبوع أخذت وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في سيد53.

[2358] *- في م12المطبوع القائمون او يدعوا وما بين المعقوفين من 9 ويم164 وسيد53.

نص خليل: وَالنَّفَقَةُ عَلَى الطِّفْل بِالْمَعْرُوفِ وَفِي خَتْنِهِ وَعُرْسِهِ وَعِيدِهِ وَدَفْعُ نَفَقَةٍ لَـهُ قَلَّتْ وَإِخْرَاجُ فِطْرَتِـهِ وَزَكَاتِـهِ وَرَفَعَ لِلْحَاكِمِ إنْ كَانَ حَاكِمٌ حَنَفِيٌّ.

متن الحطاب: وقال في [الوصي:[2359]] وقال مثله عبد الملك إذا تأنوا ولم يعجلوا وبعد الصياح في الدين وفعلوا ما كان يفعله السلطان فلا يضمنوا، وأما إن عجلوا ضمنوا، فإن لم يكن عندهم شيء رجع الطارىء على الأول.

399 قال أشهب في الوصيين يدفعان دينا/ بشهادتهما، أو الوارثين ثم يطرأ دين آخر أو وارث ثم [يقوم:[2360]] فإن دفعا بأمر قاض لم [يضمنا،[2361]] ويرجع على الأول، وإنما تقبل شهادتهما قبل أن يدفعا، وأما بعد الدفع فإن كان بغير أمر قاض فيضمنان. انتهى.

ص: **والنفقة على الطفل بالمعروف** ش: تصوره واضح.

مسألة: قال ابن رشد في رسم أخذ يشرب خمرا من سماع ابن القاسم من كتاب الجامع: أجمع أهل العلم أن أكل مال اليتيم ظلما من الكبائر لا يحل ولا يجوز، وذهب مالك وأصحابه إلى أنه يجوز للفقير المحتاج أن يأكل من مال [يتيمه[2362]] بقدر اشتغاله به وخدمته فيه وقيامه عليه، وإلا فلا يسوغ له أن يأكل منه إلا ما لا ثمن له ولا قدر لقيمته مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، ومثل الفاكهة من حائطه، ومن أهل العلم من أجاز له أن يأكل منه على [وجه[2363]] السلف، ومنهم من أجاز له أن يأكل منه ويكتسي بقدر حاجته وما تدعوا إليه الضرورة، وليس عليه رد ذلك، وأما الغني فإن لم يكن فيه خدمة ولا عمل سوى أن يتفقده ويشرف عليه فليس له أن يأكل منه إلا ما لا قدر له ولا بال مثل اللبن في الموضع الذي لا ثمن له فيه، والثمر يأكله من حائطه إذا دخله، واختلف إن كان له فيه خدمة وعمل؟ فقيل إن له أن يأكل [منه[2364]] بقدر عمله فيه وخدمته له، وقيل ليس له ذلك لقوله عز وجل: ﴿ ومن كان غنيا فليستعفف ﴾. انتهى بالمعنى. ونقله في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا. والله أعلم.

ص: **وفي ختنه وعرسه وعيده** ش: قال في النوادر: قال مالك: وليوسع عليهم ولا يضيق، وربما قال [له[2365]] أن يشتري لهم بعض ما يلهيهم به، وذلك مما يطيب نفوسهم به. انتهى.

ص: **وإخراج فطرته وزكاته** ش: يعني أن الوصي له أن يخرج عن الصبي فطرته، وله أن يخرج زكاة ماله. قال في النوادر: قال ابن حبيب: ويشهد فإن لم يشهد وكان مأمونا صدق انتهى. وانظر إذا لم يكن مأمونا هل يلزمه غرم المال، أو يحلف؟ لم أر فيه نصا.

ص: **ورفع للحاكم إن كان حاكم حنفي** ش: تقدم الكلام عليه في الزكاة. والله أعلم.

الحديث ....

2359 *- في المطبوع الصبي وما بين المعقوفين من م129 ويم164 وسيد53.

2360 *- في المطبوع يقدم وما بين المعقوفين من م129 ويم164 وسيد53.

2361 *- في المطبوع يضمنوا وما بين المعقوفين من م129 ويم164 وسيد53.

2362 - في المطبوع اليتيم ويحيى (ص511 إن ياكل مال) وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 ومايابى280 ويم ص143 وم ص129.

2363 *- في م129 وسيد53 على سبيل السلف.

2364 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 ويم ص143 وم ص129 ومايابى281.

2365 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص399 ويم ص144 وم ص129 ومايابى281.

نص خليل وَدَفْعُ مَالِهِ قِرَاضًا وَبِضَاعَةً.

متن الحطاب ص: ودفع ماله قراضا أو بضاعة ش: قال في المدونة في كتاب الرهون: وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. انتهى. وسواء كان ذلك في بر أو بحر كما ذكره في النوادر والجواهر وابن عرفة، وقيده ابن عرفة بالأمن، ونصه: الشيخ عن المجموعة والموازية: روى ابن القاسم له أن يتجر بأموال اليتامى ولا يضمن، وروى ابن وهب في البر والبحر. قلت: مع الأمن قاله غير واحد. انتهى. ولفظ النوادر ومن المجموعة، وفي كتاب ابن المواز نحوه. قال ابن القاسم عن مالك: وله أن يتجر بأموال اليتامى لهم، ولا ضمان عليه. قاله عنه ابن وهب في البر والبحر ويشتري لهم الرقيق للغلة والحيوان من الماشية وشبه ذلك، وذلك كله حسن، وقد فعله السلف، وقد أعطت عائشة مال يتيم لمن يتجر [له[2366]] به في البحر، وأنكر ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموالهم لمن يضمنها وأعظم كراهيته.

قال أشهب: وله أن يتجر بمال يتيمه [بيديه،[2367]] أو يؤاجر له من يتجر فيه أو يدفعه قراضا أو بضاعة على اجتهاده ولا يضمن، وله أن يودع ماله على النظر وَلأَمْرٍ يراه، فأما أن يفعله على المعروف بمن يأخذه فلا يصلح ذلك، وذكر كله ابن / المواز لابن القاسم، ولمْ يذكر أشهب، ومن هذه الدواوين 400 قال مالك: وله أن يدفع ماله قراضا إذا دفع إلى أمين ولا يضمن. قال في كتاب ابن المواز: وله أن يبضع لهم ويبعث في البر والبحر، وله أن يودع مالهم ويسلفه. قال ابن المواز: يسلفه [على[2368]] التجارة، فأما على المعروف فلا. انتهى.

تنبيهات: الأول: فهم من قول المصنف: للوصي دفع ماله قراضا وبضاعة"، ومن قول المدونة: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ومن قول النوادر: "وله أن يتجر بأموال اليتامى" أنه لا يجب على الوصي التجارة بمال اليتيم وهو كذلك، وإنما يستحسن له ذلك. قال ابن عرفة: روى محمد إنما للوصي في مال اليتيم فعل ما ينميه أو ينفعه. اللخمي: وحسن أن يتجر له به وليس ذلك عليه. انتهى. وكلام اللخمي المذكور هو في باب الوصايا، وصرح أيضا في كتاب الزكاة بأنه لا يجب عليه ذلك، وتقدم في كلام النوادر أن ذلك حسن، وقد فعله السلف.

الثاني: قال في العتبية في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب الأقضية: قال ابن القاسم إن الضمان الذي يفعله أهل العراق في أموال اليتامى حرام يضمنونها أقواما يكون لهم ربحها وعليهم ضمانها، والسنة فيها إن كان لهم وصي ثقة لم تحرك من يده، وإن كان غير ثقة أو لم يكن لهم وصي استودعها القاضي عند ثقة. قال ابن رشد: الوجه في أموال اليتامى دفعها إلى من يتجر فيها تطوعا

الحديث ....

[2366] – ساقطة من المطبوع ويحيى ص169 ويم ص144 وم ص130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص399 ومايابى281.

[2367] – في المطبوع ببدته (ويحيى ص169 بيده) (يم ص144 وم ص130 ببدنه) وما بين المعقوفين من ن عدود ص399.

[2368] – في المطبوع في ويحيى ص169 ويم ص144 وم ص130 وما بين المعقوفين من ن ذي ص400.

نص خليل ....

متن الحطاب

للثواب، فإن لم يوجد فعلى سبيل القراض، فإن لم يكن أودعت عند من يوثق به، فإن تعدى عليها المودع فتسلفها ضمنها، وسقط عن اليتامى زكاتها، ولم يحل أن يضمن لأحد على أن يكون له ربحها؛ لأنه سلف لغير وجه الله لم يبتغ به المقرض إلا منفعة نفسه لا منفعة المقترض. اهـ مختصرا.
وتقدم في كلام النوادر فيما نقله ابن القاسم عن مالك [أنه أنكر[2369]] ما يفعل أهل العراق أن يقرضوا أموال اليتامى لمن يضمنها وأعظم [كراهيته،[2370]] فالكراهة محمولة على التحريم كما تقدم في كلامه في العتبية، وقال في النوادر أيضا: قال ابن الماجشون: وليس للوصي أن يسلف أموال اليتامى على وجه المعروف ولو أخذ رهنا، وأما العمل به مما يحصل لهم فيه ربح على الوجه الجائز الذي لا حيلة فيه ظاهرا وباطنا فله ذلك. انتهى بالمعنى. والله أعلم.
الثالث: تقدم في كلام النوادر عن ابن المواز وابن الماجشون أنه ليس للوصي أن يسلف مالهم على وجه المعروف، ونص على ذلك اللخمي بزيادة فيه، ولفظه: ولا يسلف ماله لأن ذلك معروف، إلا أن يكون كثير التجر له ويسلف الشيء اليسير مما يصلح وجهه مع الناس فلا بأس. انتهى. ونقله ابن عرفة عنه بلفظه، وأما [إستسلاف الوصي[2371]] ماله فقال في النوادر في كتاب الوصايا: قال في المجموعة وغيرها ولا أحب أن يركب له دابة ولا يتسلف ماله، وقاله عنه ابن وهب في المجموعة، ومن مات في سفر وأوصى رجلا فلا يتسلف الوصي من تركته، ولا أحب أن يشتري من متاعه، وقاله أشهب عن مالك في كتاب ابن المواز. قال عنه ابن نافع في المجموعة: ولا أحب أن يتسلف من مال بيده لغيره، وأجازه بعض الناس، فروجع فقال: إن كان له مال فيه وفاء فأرجو إذا أشهد أن لا بأس به. انتهى. وقال في كتاب الزكاة منها في ترجمة زكاة مال المفقود والصبي: وقال ابن حبيب: وإن استنفق مال يتيمه وله به ملاء وخاف أن [يغرر[2372]] له به فلا بأس بذلك، وقاله القاسم بن محمد، وكان ابن عمر يسلفه ويستسلفه، وإذا لم يكن له ملاء فلا يستسلفه. انتهى.
وقال في مختصر الواضحة: قال عبد الملك: وإن ترك والي اليتيم أن يتجر بماله أو يبضع لما خشي من التغرير به وتجر لنفسه [أو يضمنه[2373]] أو استنفقه فلا بأس بذلك إذا كان عنده به وفاء إن عطب، وكذلك قال مالك وأصحابه، وإذا لم يكن به وفاء فلا يحل له أن يستسلفه ولا أن يتجر فيه لنفسه لأنه يعرضه للتلف ولا مال له، فإن فعل فالربح له [بتعديه، وهو[2374]] ضامن له بعد.
قال فضل: هذا قول مالك وأصحابه إلا ابن الماجشون،/ فإنه روى عن مالك أن الربح لليتيم والضمان على الوصي بتعديه، وقد ذكره ابن حبيب في سماعه. هذا إذا تجر به لنفسه ولا وفاء له. انتهى. 401

الحديث ....

[2369] – في المطبوع أنه إذا أنكر وما بين المعقوفين من ن عدود ص400 وم ص130 ويم165 ويحيى ص169.
[2370] – في المطبوع م130 كراهية وما بين المعقوفين من ن عدود ص400 ويم ص144 ويحيى ص169.
[2371] *– في المطبوع إسلاف الموصي وما بين المعقوفين من يم165 وم130 ويحيى511.
[2372] – في المطبوع يعذر (يم ص144 م ص130 يغدر) (يحيى ص169 أن يغرم) وما بين المعقوفين من ن عدود ص400 وسيد.
[2373] *– علق عليه الشيخ محمد سالم ب وفي نسخة يحيى511 أن يضمنه ولعل الأصل على أن يضمنه.
[2374] – في المطبوع تبعديه وقد ذكر ابن حبيب وهو ضامن وما بين المعقوفين من م130 ويحيى511 وسيد54.

نص خليل وَلاَ يَعْمَلُ هُوَ بِهِ.

متن الحطاب ص: **ولا يعمل هو به** ش: قال الشارح: أي ليس للوصي أن يعمل هو بنفسه في مال الصغير؛ لأنه يصير كمؤاجر نفسه منه، وهو لا يجوز له ذلك. انتهى. زاد في الوسط: وقيل إن عمل به على [جزء[2375]] يشبه قراض مثله مضى كشراء شيء لليتيم. انتهى. وظاهره أن القول الأول يقول لا يمضي مطلقا، وكذا ساق القولين في الشامل، وصدر بالأول وعطف الثاني بقيل، ونصه: [وله[2376]] دفع ماله قراضا ووديعة ولا يعمل هو بنفسه، وقيل إن وقع على جزء يشبه قراض مثله كشراء سلعة ليتيمه لا لنفسه من التركة ونظر فيه الحاكم، وهل يوم الشراء، أو يوم الدفع، أو الآن؟ أقوال، وقيل تعاد للسوق، فإن زاد فلليتيم، وإلا مضى، وفيها: سئل عن حمارين ثمنهما ثلاثة دنانير وتسوق بهما بدوا وحضرا فأراد الوصي [أخذهما[2377]] بما أعطى فأجازه. انتهى.

وظاهر كلام ابن عرفة أنه موافق له، ونصه: [الشيخ:[2378]] لأشهب في الكتابين لا يعمل الوصي بمال اليتيم قراضا كما لا يبيع [لهم[2379]] من نفسه ولا يشتري لهم، وقال بعض أصحابنا في كتاب آخر إن أخذه على جزء من الربح يشبه قراض مثله مضى ذلك.انتهى. والمراد بالكتابين المجموعة والموازية، وظاهر كلام التوضيح أن القول الثاني من كمال القول الأول ومفرع عليه، ونصه: قال ابن الحاجب: ولا يعمل هو به قراضا عند أشهب.

قال في التوضيح: [لأنه كمؤاجر[2380]] نفسه، وهو لا يجوز له ذلك كما لا يبيع له سلعة لنفسه بعض أصحابنا، فإن أخذه على الجزء من الربح يشبه قراض مثله أمضى كشرائه لليتيم.اهـ. وانظر عزو ابن الحاجب وابن عرفة هذه المسألة لأشهب، وقبول المصنف لذلك وإقراره، مع أنها في المدونة في كتاب الرهون، وهو نصها المتقدم في أول القولة التي قبل هذه، وهو قوله: "وللوصي أن يعطي مال اليتيم مضاربة"، ولا يعجبني أن يعمل به الوصي لنفسه إلا أن يتجر لليتيم أو يقارض له به غيره. قال أبو الحسن: مخافة أن يحابي نفسه؛ لأنه معزول عن نفسه خوف أن يحابي نفسه، فإن عمل به بنفسه فإن كان عمله مثل الجزء الذي سمى كان الربح بينهما على ما شرط، وإن خسر لم يضمن، وإن كان الجزء أكثر من العمل كان له قراض مثله، فإن خسر اختلف هل يضمن أم لا؟ والتضمين ضعيف. انتهى. وقال ابن رشد في رسم البز من سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا في شرح مسألة وهي: وسئل

الحديث ....

[2375] – في المطبوع وجه وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 ويم ص144 ويحيى ص170 وم ص130 وسيد ومايابى281.

[2376] – في المطبوع ولو وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 ويم ص144 وم ص130 ويحيى ص170 وسيد ومايابى281.

[2377] – في المطبوع أخذها وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 ويم ص144 ويحيى ص170 وم ص130 وسيد ومايابى282.

[2378] – ساقط من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 ويم ص144 ويحيى ص170 وم ص130 وسيد ومايابى282.

[2379] *– في المطبوع منهم وما بين المعقوفين من يم165 وسيد54 ومايابى282 ويحيى512 وم130.

[2380] – في المطبوع يم ص144 وم ص130 ألأنه كمواجر وما بين المعقوفين من ن عدود ص401 ويحيى 512 وسيد ومايابى282.

نص خليل ....

متن الحطاب عن الوصي أيقارض بمال اليتيم الذي أوصى إليه به؟ قال: نعم لا بأس، ولا ضمان عليه فيه [إن[2381]] هلك إن كان دفعه إلى أمين. ابن رشد: هذا كما قال إن للوصي أن يدفع مال يتيمه مضاربة؛ لأنه ينظر له بما ينظر لنفسه، ومثل هذا في الرهون من المدونة أن للوصي أن يتجر بمال اليتيم أو يقارض به، ويكره أن يعمل هو به مضاربة. قال في الزكاة من كتاب ابن مزين: فإن عمل به بقراض مثله جاز، ولم يكن عليه [فيه[2382]] ضمان إن تلف، وإن عمل فيه بأكثر من قراض مثله فغبن اليتيم في ذلك رد إلى قراض مثله، وضمن المال إن تلف. قال يحيى بن إبراهيم: قوله في الضمان ضعيف. انتهى. فتحصل من هذا أن المسألة في المدونة، وأن النهي فيها على الكراهة كما صرح به ابن رشد وكما هو ظاهر لفظ المدونة، وأن ما في ابن مزين من تتمة المسألة وتفسير لها كما نقله أبو الحسن، وكما يظهر من كلام ابن رشد المتقدم. والله أعلم.

فروع: الأول: قال المشذالي في حاشيته في الرهون: أخذ من قوله في المدونة: "وللوصي أن يأخذ مال اليتيم مضاربة" جواز الصلح على المحجور فيما ادعي عليه وخاف أن يثبت على المحجور، أو طلب المحجور دعوى على الغير فخاف الوصي أن لا يثبت أنه يصالح على البعض [فيعطيه[2383]] أو يأخذه، ونص عليه صاحب الطراز، والجامع بينهما أنه جوز دفع المال مضاربة مع احتمال ذهابه فضلا عن حصول رأس المال فضلا عن الربح./ 402

قلت: قال في نوازل أصبغ سألت ابن القاسم عن الوصي أيصالح عن الأيتام؟ قال: نعم إن رآه نظرا. قال ابن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الروايات، وظاهرها أن الوصي يجوز صلحه عن الأيتام فيما يراه نظرا فيما طلب له وطلب به؛ بأن يأخذ البعض ويترك البعض إذا خشي أنه لا يصلح له ما ادعاه، أو يعطي من ماله بعض ما يطلب إذا خشي أن يثبت عليه جميعه، وهو له [في النوادر، خلاف[2384]] ما حكى ابن حبيب في الواضحة عن ابن الماجشون أنه يجوز فيما يطلب له لا فيما يطلب به، والصواب أنه لا فرق بينهما. المشذالي: انظر الطرر في ترجمة بيع الوصي على اليتيم داره إذا وهت أو خشي تهدمها. انتهى.

تنبيه: وأما إبراء الوصي عنه الإبراء العام فقال البرزلي في آخر مسائل الوكالات إنه لا [يبرئ[2385]] الوصي عنه مبارأة عامة، وإنما [يبرئ[2386]] في المعينات، وفيه أيضا أنه لا يجوز إقرار الوصي والأب على الصغير، وتقدم في باب الإقرار عند قول المصنف: "وإن أبرأ فلانا مما له قبله" كلام البرزلي في الإبراء العام عن اليتيم.

الحديث ....

2381 – في المطبوع وإن وما بين المعقوفين من ن ذي ص401 .

2382 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في م130 وسيد54.

2383 *– في المطبوع بعطية وما بين المعقوفين من يم166 وسيد54.

2384 – (في المطبوع يحيى ص170 يم ص145 م ص131 سيد في النوادر مكشوف خلاف) وما بين المعقوفين من ن عدود ص402.

2385 *– في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج3 ص499.

2386 *– في المطبوع يبرأ وما بين المعقوفين من البرزلي ج3 ص499.

نص خليل وَلاَ اشْتِرَاءٌ مِّنَ التَّرِكَةِ وَتُعُقِّبَ بِالنَّظَرِ إلاَّ كَحِمَارَيْنِ قَلَّ ثَمَنُهُمَا وَتَسَوَّقَ بِهِمَا الْحَضَرَ وَالسَّفَرَ وَلَهُ عَزْلُ نَفْسِهِ فِي حَيَاةِ الْمُوصِي وَلَوْ قَبِلَ.

متن الحطاب **الثاني:** قال الوانوغي: لو عمل الوصي أو الأب في أرض الصغير مغارسة لأنفسهما كان لهما قيمة عملهما مقلوعا. انتهى.

الثالث: إذا تجر الوصي بمال اليتيم لنفسه فهل يكون الربح له أو لليتيم، أو يفرق بين المليء فيكون له، والمعدم فيكون لليتيم؟ ثلاثة أقوال حكاها المتيطي، ونقلها عنه الوانوغي في الحاشية، والذي اقتصر عليه أكثر أهل المذهب أن الربح للوصي، وهو الذي عزاه عبد الملك لأكثر أصحاب مالك كما تقدم في كلام مختصر الواضحة في التنبيه الثالث من القولة التي قبل هذه، ونقله ابن فرحون في التبصرة. والله أعلم.

الرابع: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تجر الوصي في مال المحجور فربح، فلما رشد اليتيم قال للوصي إنما تجرت على أن الربح لي وأنكر الوصي فقال ابن عبد السلام: القول قول الوصي مع يمينه. انتهى. [وهذا على[2387]] القول [بأن[2388]] الربح للوصي.

الخامس: قال المشذالي: قال الوانوغي: لو تسلف الوصي على الأيتام حتى يباع لهم فتلف مالهم فلا ضمان عليه. المشذالي: يريد لا يلزمه أن يغرم ذلك من ماله لمن استسلفه منه، وهذا إذا قال للمسلف إنما أستسلفه للأيتام، وأما إن لم يقل فالضمان لازم له. قاله في الطرر، وكان من حق الوانوغي أن لا يترك هذه الزيادة لإعطاء كلامه سقوط الضمان مطلقا.انتهى.

السادس: منه أيضا لو كان للأيتام إخوة فأنفق الوصي على بعضهم من مال بعض ضمن الوصي لمن أنفق من ماله ورجع بذلك على المنفق عليه. انتهى.

السابع: قال في الطرر في باب زكاة الفطر: من بيده مال الصغير من غير إيصاء فليرفع للإمام، فإن أنفقه عليه من غير إذن [السلطان.[2389]] قال ابن القاسم يصدق في مثل نفقة ذلك الصبي وزكاة الفطر قال سند: من غير إسراف إذا ثبت أنهم في نفقته وحجره، فإن تصرف في المال ببيع فخسر أو ببضاعة فذهب كان ضامنا؛ كمن تجر في مال غيره بغير إذنه، فإن تلف من غير أن يحركه فلا ضمان عليه. انتهى.

الثامن: قال في النوادر في كتاب البيوع في ترجمة شراء ما وكل على بيعه أو [أسند[2390]] إليه أو تسلفه منه: ومن الواضحة قال مالك: ولا أحب أن يتسلف مما أودع أو كان فيه وصيا. انتهى.

ص: [**ولا اشتراء**[2391]] **من التركة وتعقب بالنظر** ش: قال في الوصايا الأول: ولا يشتري الوصي من التركة ولا يوكل ولا [يدس،[2392]] فإن فعل تعقب ذلك.انتهى. قال القرطبي في تفسير

الحديث ....

[2387] – في المطبوع وعلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 ويم ص145 ويحيى ص170 وم ص131

[2388] – في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 ويم ص145 ويحيى ص170 وم ص131

[2389] – في المطبوع يحيى ص170 يم ص145 سلطان وما بين المعقوفين من ن عدود ص402

[2390] – في المطبوع أسنده وما بين المعقوفين من م131 وسيد54 ويحيى512.

[2391] – في المطبوع ولاشتراء وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 ويم ص145 ويحيى ص170 وم ص131

[2392] – في المطبوع يؤمن وما بين المعقوفين من ن عدود ص402 ويم ص145 ويحيى ص170 وم ص131

نص خليل لاَ بَعْدَهُمَا وَإِنْ أَبَى الْقَبُولَ بَعْدَ الْمَوْتِ فَلاَ قَبُولَ لَهُ بَعْدُ.

متن الحطاب سورة البقرة في قوله تعالى: ﴿ ويسألونك عن اليتامى ﴾ : اختلف هل له أن يشتري لنفسه من مال يتيمه فقال مالك يشتري في مشهور الأقوال، والقول الثاني أنه لا ينبغي أن يشتري مما تحت يده شيئا لما يلحقه من التُّهْمة، إلا أن يكون البيع في ذلك بيع سلطان في ملإ من الناس، وقال ابن عبد الحكم لا يشتري من التركة، ولا بأس أن يدس من يشتري له منها إذا لم يعلم أنه من قبله. انتهى.

403 وقال ابن الفرس في أحكام/ القرآن في هذه الآية: واختلف في الوصي يشتري من مال يتيمه أو يبيع منه ماله فعندنا أنه جائز ما لم يحاب، ويكره أولا [أي[2393]] ابتداء، وانظر بقية كلامه، وقال ابن عرفة: وما في وصاياها خلاف ما في استبرائها.انتهى. والله أعلم.

ص: **لا بعدهما** ش: يعني أنه ليس للوصي أن يعزل نفسه بعد موت الموصي وقبوله هو للوصية، وظاهره سواء أقام أحدا عوضه أم لا، وهذا هو الظاهر، وبه أفتى جماعة، ومعنى ذلك إذا تبرأ عن الإيصاء جملة بحيث إنه لم يبق له نظر أصلا، ويجوز له أن يوكل على الأيتام من يتولى أمورهم بأمره. قال الجزيري في وثائقه: وللوصي أن يوصي بما إلى نظره إذا لم يكن معه شريك في الإيصاء، وليس له أن يفوض الإيصاء إلى غيره في حياته، وله أن يوكل من ينظر بأمره. انتهى. وقال في المسألة الثالثة من نوازل عيسى بن دينار من كتاب البضائع والوكالات: وسئل عيسى عن الرجل يوكل وكيلا على [خصومة أو قيام بضيعة[2394]] أو [تقاضي[2395]] [دين[2396]] أو على وجه من الوجوه كلها فيريد الوكيل أن يوكل غيره على ما وكل عليه من ذلك في حياة الموكل أو عند موته أيجوز هذا؟ قال: لا يوكل [وكيل[2397]] على ما وكل عليه أحدا غيره، وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته أو عند موته فتكلم ابن رشد على مسألة توكيل الوكيل، ثم قال: وقوله وإنما يجوز ذلك للوصي أن يوكل في حياته وعند موته هو نص قول مالك وجميع أصحابه، لا اختلاف بينهم فيه، وإنما اختلفوا في الوصيين أو الأوصياء هل لأحدهم أن يوصي بما إليه لشريكه ولغيره، أم ليس له ذلك، أوله أن يوصي به لشريكه لا إلى غيره؟ ثلاثة أقوال. قال: والأول هو أصح الأقوال وأولاها بالصواب. انتهى. فقوله: "إنما يجوز للوصي إلى آخره" معناه يجوز له أن يوكل على ما فوض إليه في حياته وعند موته.

وقال ابن رشد في شرح المسألة العاشرة من رسم الوصايا من سماع أشهب من كتاب الوصايا: للوصي أن يوصي بما أوصي به إليه في حياته وبعد وفاته لا خلاف أحفظه في ذلك. انتهى. وفي ابن سلمون ناقلا عن مسائل ابن الحاج قال: إذا أراد الوصي أن يتبرأ من الإيصاء إلى رجل آخر بعد أن [ألزمه[2398]] فليس له ذلك إلا لعذر بين، وله فعل ذلك عند حضور موته لأنه من أبين العذر، وحكى الباجي في

الحديث ....

2393 – في المطبوع في وما بين المعقوفين من م131 وسيد54 ويحيى113.

2394 *– في المطبوع خصومه وقيا لبنيه وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2395 – في المطبوع تقاض وما بين المعقوفين من يحيى513 ويم166.

2396 *– في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم وهو الذي في البيان ج8 ص193.

2397 – في المطبوع و يم ص145 م ص131 يحيى ص170 وكيلا وما بين المعقوفين من ن عدود ص403.

2398 *– في م131 وسيد54 ويحيى513 لزمه.

نص خليل ....

متن الحطاب وثائقه أن له أن يوكل غيره في حياته وبعد مماته، ولا يجوز لوكيل القاضي على النظر لليتيم أن يوكل بما جعل إليه أحدا غيره حيي أو مات، ولا أن يوصي به إلى أحد. انتهى. ونقل البرزلي كلام الباجي، ونصه: ولا يجوز لمقدم القاضي توكيل أحد بما جعل إليه والوصية به لا في حياته ولا عند موته. انتهى. قال في مختصر المتيطية: وللوصي أن يوصي عند الموت بما جعل إليه إلى من شاء إن كان منفردا بالنظر، ويكون وصي الوصي كالوصي، وإن أراد الوصي في حياته أن يجعل ما بيده إلى غيره لم يكن له ذلك وإنما له أن يوكل من ينظر بأمره. قاله ابن العطار وغيره، وقال ابن زرب له ذلك. قيل فإن أراد أن يعود في نظره؟ قال: ليس له ذلك؛ لأنه قد تخلى عنه. اهـ. وفي مسائل الوصايا من البرزلي: وسأل ابن دحون ابن زرب عن الوصي يتخلى عن النظر إلى رجل آخر؟ قال: ذلك جائز ويتنزل منزلته. قيل له فلو أراد العود في نظره؟ قال: ليس له ذلك، وقد تخلى منه إلى الذي وكل. انتهى.

وفي المتيطية: وإذا قبلها في مرض الموت الذي توفي منه أو بعد موته وتولى النظر، ثم أراد أن يتخلى فليس ذلك له، إلا أن يخليه شريكه في النظر إن كان معه شريك، وكان في الوصية أن من عاقه عائق فالباقي منفرد، فإن لم يكن في الوصية هذا الشرط فإن القاضي يخليه ويقدم غيره إن كان منفردا، [أو[2399]] كان معه غيره، ولم يكن في الوصية هذا الشرط إذا ظهر له عذر ووجد من يقوم مقامه، وإن لم ينعقد عليه التزام في مرض الموصي ولا نظر بعد موته وأبى النظر فلا يجبر على النظر. قال في أحكام ابن بطال: وإن أنكر القبول حلف على ذلك وبرىء/ انتهى. 404

وظاهر كلام المصنف أيضا أنه ليس له أن يعزل نفسه ولا للقاضي أن يخليه بعد الموت والقبول، سواء [قبل[2400]] في حياة الموصي أو بعد موته، وهو ظاهر كلام ابن الحاجب. قال: وليس له رجوع بعد الموت والقبول على الأصح. قال في التوضيح: ظاهره سواء قبل في حياة الموصي أو بعد موته، ونص في المدونة على الأول، وأشهب على الثاني. قال: وسواء قبل لفظا أو جاء منه ما يدل على ذلك من البيع والشراء لهم ما يصلحهم والاقتضاء والقضاء أو غير ذلك. قال ابن عبد السلام: وقال بعضهم لا فرق بين قبوله بعد الموت وقبله [أن[2401]] له الرجوع، وأخذ من تعليل أشهب رجوعه في الحياة [بأنه لم يغره،[2402]] فألزمه اللخمي أن يكون له الرجوع إن قبل بعد الموت لكونه لم [يغره.[2403]] انتهى. وذكر البرزلي عن ابن عات عن [ابن[2404]] ورد قال إذا كان قبوله في حياة

الحديث ....

2399 – في المطبوع يم ص146 م ص132 و وما بين المعقوفين من ن عدود ص403.
2400 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويم ص146 ويحيى ص171 وم ص132.
2401 – في المطبوع لأن وما بين المعقوفين من ن ذي ص404 ويحيى ص171 ويم ص146.
2402 – في المطبوع فإنه لم يغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 (ويحيى513 فإن لم يعد) ويم ص146.
2403 – في المطبوع يغيره وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 (ويحيى513 لكونه لم يغره) ويم ص146.
2404 – في المطبوع أبي وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويم ص146 ويحيى ص171.

نص خليل ....

متن الحطاب العاهد فلا يخليه القاضي إلا بعد ثبوت عذر يوجب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته فللقاضي أن يخليه بغير عذر، وللفرق بينهما شرح يطول، وهذا حقيقة الفقه في هذا الفصل.

قلت: هو ظاهر قولها إذا قبل الوصي الوصية في حياة الموصي فلا رجوع له بعد وفاته، وعليه سئل إذا خلى القاضي الوصي لعذر ثبت له وكان معه في النظر شريك هل يعذر إلى شريكه فيما ثبت له من العذر؟ فقال: إذا كان قبوله في حياة العاهد فلا بد من الإعذار إلى شريكه ثم يعمل بحسب ذلك، وإن كان قبوله بعد موته حيث يكون للقاضي أن [يعفيه[2405]] دون عذر كما تقدم فإنه لا متكلم لشريكه في ذلك فكيف يعذر إليه؟ وله أيضا إذا كان في الوصية من عاقه [منهما[2406]] عائق فالباقي منفرد فليس له أن يخليه من غير عذر، ولو كان له أن يخليه من غير عذر لكان قوله إلا أن يخليه شريكه معترضا أيضا؛ لأن شريكه لا يخليه إنما يخليه الموصي بشرطه في وصية من عاقه عائق فالباقي منفرد.انتهى.

ثم ذكر عن ابن ورد أن العذر لا بد أن يثبت أنه مانع له من القيام ألبتة، وأما إن لم يكن إلا أنه يشق عليه فلا [ينحل[2407]] بمثل ذلك، ويكون العذر أيضا طارئا بعد القبول، وأما إن كان حال القبول فلا، إلا أن يثبت أنه لا يقدر على القيام فيما أدخل نفسه فيه. انتهى. ومن هذا المعنى ما وقع في المسألة الثانية من سماع أشهب من كتاب الوصايا، وهي تتضمن فرعا آخر، وهو أن للوصي أن يرسل اليتيم إلى غير البلد الذي هو فيه إذا كان له فيه مصلحة، ونصه: قال وسئل -يعني مالكا- عمن توفي بالمدينة وأوصى إلى رجل [وأوصى[2408]] أن امرأته أولى بولدها ما لم تنكح، فأرادت امرأته الخروج إلى العراق بولدها منه وهناك أهلها؟ فقال: ليس لها ذلك. فقيل [له:[2409]] إن لولده ثم [ديوانا؟[2410]] قال ما أرى ذلك لها قيل إذا يهلك ديوانهم وهم صغار؟ قال: هذا إن كان هكذا فلينظر في ذلك لليتامى، فإن رأى ولي اليتيم أن لهم المقام أقاموا، وإن رأى أن السير أرفق بهم ساروا. قال محمد بن رشد: هذا كما قال إنه ليس للأم أن ترحل بولدها [الذين[2411]] في حضانتها عن بلد الموصى عليهم وإن كان الأب أوصى أنها أولى بولدها ما لم تنكح؛ لأن ذلك من حقها وإن لم يوص لها به مع أنها لا تغيب به إلى بلد آخر عن الوصي إلا أن يرى ذلك الوصي أو السلطان نظرا للأيتام؛ لئلا

الحديث ....

2405 - في المطبوع ويم ص146 يعقبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 (ويحيى513 أن يتعقبه)
2406 - في المطبوع ويم ص146 م ص132 منها وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويحيى ص171.
2407 - في المطبوع ويم ص146 يخل وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 م ص132 ويحيى ص171.
2408 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص171.
2409 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص171.
2410 - في المطبوع ديون وما بين المعقوفين من ن عدود ص404 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص171.
2411 *- في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من يحيى513.

نص خليل وَالْقَوْلُ لَهُ فِي قَدْرِ النَّفَقَةِ لاَ فِي تَارِيخِ الْمَوْتِ وَدَفْعِ مَالِهِ بَعْدَ بُلُوغِهِ.

متن الحطاب يزول بمغيبهم اسمهم عن الديوان الذي كان يرتزق عليه أبوهم فتدركهم الضيعة. انتهى. ويؤخذ من هذه المسألة جواز تسفير الوصي من في حجره لمصلحة، وقد قال في كتاب الوصايا الثاني: وإن أوصى أن يحج عنه عبد أو صبي بمال فذلك نافذ ويدفع ذلك إليه ليحج به إذا أذن السيد والوالد، وإن لم يكن للصبي أب فأذن له [الوصي[2412]] في ذلك فإن كان على الصبي فيه مشقة وضرر وخيف عليه في ذلك ضيعة فلا يجوز إذنه فيه، وإن كان الصبي قويا على الذهاب وكان ذلك نظرا له جاز إذنه؛ لأن الوصي لو أذن له أن يتجر وأمره بذلك جاز، ولو خرج في تجارة من موضع إلى موضع بإذن [الوصي[2413]] لم يكن به بأس، فكذلك يجوز إذنه في الحج على ما وصفنا، وقال غيره لا يجوز للوصي أن يأذن له في هذا.

405 قال ابن القاسم: فإن لم يأذن له وليه وقف المال/ إلى بلوغه فإن حج به، وإلا رجع ميراثا. انتهى. وظاهر كلامهم ولو كان في الطريق بحر، وقد تقدم في باب الحضانة أن الأصح أن للولي أن يسافر بمن في حجره إذا كانت الطريق مأمونة ولو كان فيها بحر، وتقدم هنا أن التجر بمال اليتيم في البحر والبر جائز مع الأمن. والله أعلم.

تنبيه: تقدم في باب الحج عن ابن فرحون أنه نقل أن للوصي والولي غير المحرمين أن يسافرا بالصبية إذا لم يكن لها أهل تخلف عندهم [وكانا[2414]] مأمونين، ويختلف فيه إن كان للصبية أهل وهو مأمون وله أهل. انتهى.

ص: والقول له في قدر النفقة ش: قال في الشامل: وصدق في قدر النفقة دون سرف مع يمينه إن بقي تحت حجره على الأكثر، وهل يجاب إذا أراد أن يحسب أقل ما يمكن ولا يحلف، أو لا بد من يمينه؟ قولان. انتهى. وأصله في التوضيح، وعزا الأول لأبي عمران، والثاني لعياض قائلا إذ قد يمكن أقل مما ذكر. قال الشارح في الكبير: وهو الظاهر عندي. قال ابن غازي: قال ابن عبد السلام: والقول للوصي في أصل الإنفاق. انتهى.

فرع: قال في مختصر النوازل: وإقرار الرجل في مرضه ليتيمه بمال يمنع من طلبه بما كان ينفق عليه في حياته؛ إذ حكم ذلك حكم الإسقاط. انتهى. يعني أن الورثة إذا أقر مورثهم بمال ليتيمه فطلبوا اليتيم بما كان مورثهم ينفقه عليه فليس لهم ذلك. انظر نوازل ابن رشد، وتقدم لفظ النوازل في النفقات عند قول المصنف: "وعلى الصغير إن كان له مال" والمسألة في مسائل الوصايا من النوازل.

ص: [ودفع ماله بعد بلوغه[2415]] ش: هذا هو المشهور، ومقابله لابن عبد الحكم القول للوصي ومنشأ الخلاف قوله تعالى: ﴿ فإذا دفعتم إليهم أموالهم فأشهدوا ﴾ هل لئلا تغرموا أو لئلا تحلفوا؟

الحديث ....

[2412] *- في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى514 .

[2413] *- في المطبوع الولي وما بين المعقوفين من يحيى514 .

[2414] - في المطبوع وكانوا وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص172 ومايابى 282.

[2415] - في المطبوع وضمن المال قبل بلوغه وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص172 ومايابى 282.

نص خليل [باب[2416] يُخْرَجُ مِنْ تَرِكَةِ الْمَيِّتِ حَقٌّ تَعَلَّقَ بِعَيْن كالْمَرْهُون وَعَبْدٍ جَنَى ثمَّ مُؤَنُ تَجْهِيزِهِ بِالْمَعْرُوفِ ثمَّ تُقْضَى دُيُونُهُ ثمَّ وَصَايَاهُ مِنْ ثلثِ الْبَاقِي ثمَّ الْبَاقِي لِوَارِثِهِ.

متن الحطاب وعلى المشهور إذا قلنا لا يقبل قول الوصي فقال مالك في الموازية إلا أن يطول زمن ذلك كالثلاثين والعشرين سنة يقيمون معه ولا يطلبونه ولا يسألونه عن شيء ثم يطلبونه فإنما عليه اليمين. ابن رشد: وهو ظاهر قسمة العتبية، ووجهه ظاهر؛ لأن العرف [يكذبهم،[2417]] وقال ابن زرب: إذا قام بعد عشر سنين أو ثمان لم يكن له قبله إلا اليمين. ابن عبد السلام: ومال ابن رشد إلى القول الأول. خليل: وينبغي أن ينظر إلى قرائن الأحوال، وذلك يختلف. والله أعلم.

ص: **باب يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى ثم مؤن تجهيزه بالمعروف ثم تقضى ديونه ثم وصاياه من ثلث الباقي ثم الباقي لوارثه** ش: هذا الباب يسمى باب الفرائض، فقوله:/ "باب" أي هذا باب يذكر فيه الفرائض وهو الفقه المتعلق بالإرث وعلم ما يوصل لمعرفة قدر ما يجب لكل ذي حق في التركة، فحقيقته مركبة من الفقه المتعلق بالإرث ومن الحساب الذي يتوصل به إلى معرفة قدر ما يجب لكل وارث، وبدأ أولا ببيان الحقوق المتعلقة بالتركة ونهايتها خمسة كما ذكره، وطريق حصرها إما بالاستقراء وهو الظاهر أو بغيره وفي ذلك طريقان أحدهما أن يقال الحق المتعلق بالتركة إما ثابت قبل الموت أو بالموت، والثابت قبله إما أن يتعلق بالعين أولا الأول هو الحقوق المعينة، وإليه أشار بقوله: "حق تعلق بعين، والثاني الدين المطلق، وإليه أشار بقوله: "ثم تقضى ديونه: والثابت بالموت إما للميت وهو مؤن تجهيزه، أو لغيره [بسببه[2418]] وهو الوصية، وإليه أشار بقوله: ["ثم[2419]] وصاياه" أو [بغير سببه و[2420]] هو الميراث، وإليه أشار بقوله:" ثم الباقي لوارثه"، والطريق الثاني أن يقال الحق إما للميت أو عليه أو لا له ولا عليه. الأول مؤن التجهيز. والثاني إما أن يتعلق بالذمة فقط وهو الدين المطلق أو لا وهو المتعلق بعين التركة، والثالث إما اختياري وهو الوصية أو اضطراري وهو الميراث، وذكر المصنف هذه الحقوق مرتبة فكل واحد مقدم على ما بعده، وقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين" أي بعين من التركة أو [بها[2421]] جميعا، والتركة بفتح التاء وكسر الراء، ويجوز تسكين الراء مع فتح التاء وكسرها وهو بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب، وتركة الميت تراثه وهو الميراث وضبطه بعضهم بأنه حق قابل للتجزي ثبت لمستحق بعد موت من كان له لوجود قرابة بينهما أو ما في معناها، والمراد بالعين الذات ثم مثل للحق

406

الحديث ....

[2416] س – علم متعلق بقدر المواريث وقسمتها.

[2417] – في المطبوع بكذبهم وما بين المعقوفين من ن عدود ص405 ويم ص146 وم ص132 ويحيى ص172 ومايابى 282.

[2418] – ساقطة من المطبوع ويم147 وم132 ويحيى172 وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ومايابى282.

[2419] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ويم ص147 وم ص132 ويحيى ص172 ومايابى 283.

[2420] – ساقطة من المطبوع (يحيى ص172 م ص132 يم147 أولا وهو الميراث ومايابى 283) وما بين المعقوفين من ن عدود ص406.

[2421] – في المطبوع ويحيى ص172 بهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ويم ص168 ومايابى 283.

نص خليل ....

متن الحطاب

المتعلق بالعين بقوله: "كالمرهون" يعني إذا حيز قبل موت الراهن الحوز الشرعي المتقدم في باب الرهن وبقوله وعبد [جنى أي جناية[2422]] توجب مالا كالخطإ والعمد إذا [عفا[2423]] الولي على مال [أو[2424]] استهلك مالا لشخص لم يأتمنه عليه، فلو اجتمع في الجاني رهن وجناية قدم المجني عليه لانحصار حقه في عين الجاني فيخير الورثة بين أن يفدوه أو يسلموه فإن فدوه بقي رهنا، وإن أسلموه خير المرتهن بين أن يسلمه للمجني عليه ويبقى دينه بلا رهن، أو يفديه بأرش الجناية ثم إذا حل [أجل[2425]] الدين بيع، ويبدأ بما فداه به المرتهن، فإن لم تف قيمته بما فداه لم يتبع الورثة بشيء، وإن فضل منها شيء أخذ من دينه، وما فضل بعد ذلك فللورثة.

واعلم أن الذي يخرج من التركة قبل وقوع المواريث فيها ينقسم على قسمين: أحدهما ما يجب إخراجه من رأس المال، والثاني ما يجب إخراجه من الثلث، وما يجب إخراجه من رأس المال مقدم على ما يجب إخراجه من الثلث وما يجب إخراجه من رأس المال على وجهين: أحدهما حقوق معينة، والثاني حقوق ليست بمعينة، فأشار المؤلف إلى الوجه الأول بقوله: "يخرج من تركة الميت حق تعلق بعين كالمرهون وعبد جنى".

قال في المقدمات بعد أن ذكر التقسيم المتقدم: فأما الحقوق المعينة فتخرج كلها وإن أتت على جميع التركة وذلك مثل أم الولد والمرتهن، [وزكاة ثمر[2426]] الحائط الذي يموت عنه صاحبه وقد أزهت ثمرته، وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وفيها السن [التي[2427]] تجب فيها، وما أقر به المتوفى من الأصول والعروض بأعيانها لرجل أو قامت على ذلك بينة. انتهى. فهذا ونحوه هو الذي أشار إليه المؤلف بالكاف في قوله: "كالمرهون" والعبد الجاني مرهون في جنايته، وزاد أبو الحسن والصبرة المبيعة على الكيل. انتهى. وزاد ابن عرفة: وسكنى الزوجة مدة عدتها مسكنها حين موته بملكه أو [بنقده[2428]] [كراءه.[2429]] انتهى. وزاد الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة المعتق إلى أجل. انتهى. وهو ظاهر. والله أعلم. وكذلك الهدي إذا قلده، سواء كان تطوعا أو واجبا كما صرح به في كتاب الحج من المدونة، وذكر أنه لا يرجع ميراثا.

407 قال سند: ولا يباع في دين استحدثه بعد التقليد، وقال في رسم العتق من سماع عيسى من كتاب/ الأضحية: إنه يباع في الدين المتقدم، وتقدم في الحج أن السوق في الغنم يتنزل منزلة التقليد في غيرها،

الحديث ....

[2422] - في المطبوع ومايابى 283 جنى جناية أي جناية وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ويم ص147 ويحيى ص172.

[2423] *- في المطبوع عفى وما بين المعقوفين من ن عدود ص406.

[2424] - في المطبوع واستهلك وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ويم ص147 ويحيى ص172 ومايابى 283.

[2425] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص406 ويم ص147 ويحيى ص172 ومايابى 283.

[2426] *- في المطبوع والزكاة ثم وما بين المعقوفين من يحيى514 ومايابى283.

[2427] *- في المطبوع الذي وما بين المعقوفين من يحيى514 ومايابى283 ويم168.

[2428] - في المطبوع بنقد (ويحيى ص172 أو ينقد كراؤه) وما بين المعقوفين من ن ذي ص406 ويم ص147 ومايابى 283.

[2429] *- في المطبوع كرائه وما بين المعقوفين من مايابى283.

نص خليل ....

متن الحطاب وكذلك الأضحية إذا تعينت إما بالنذر أو بالذبح. قاله ابن الحاجب. وما ذكره ابن رشد في زكاة الحرث ذكره أيضا ابن عرفة وأبو الحسن الصغير واللخمي والمؤلف في التوضيح في كتاب الوصايا، وتقدم في هذا الكتاب في باب الوصايا أنها تنفذ من رأس المال ولو لم يوص بها، ولكن قيده في التوضيح فقال إلا أن تيبس الثمرة أو تطيب أو يجذها ويجعلها في الجريب ببلد لا ساعي فيها فالظاهر على قول ابن القاسم أنه لا يلزم الورثة إخراجها، لأنه لو أخرجها أجزأته؛ لأن ذلك كالعين المفرط فيها، وأما إن لم تيبس فيجب على الورثة إخراجها؛ لأنه لو أخرج الزكاة قبل الجذاذ لم تجزه، وذكره عبد الحق عن ابن مسلمة في المبسوط قال: وما رأيت خلافه. انتهى.

وقد تقدم في الزكاة خلافه، وما ذكره ابن رشد في المقدمات في زكاة الماشية جعله ابن عرفة أحد الطريقين، ونصه: أول ما يخرج من كل التركة معينا أم الولد [والمرهون المحوز[2430]] وزكاة حب وتمر حين وجوبها، وفي كون وجوب زكاة ماشية في مرضه كذلك طريقان. اللخمي: كذلك إن لم يكن ساع ابن رشد كذلك إن كان فيها سنها. انتهى. وفي جعله كلام ابن رشد واللخمي خلافا نظر، [فإن[2431]] اللخمي إنما أطلق لأنه إنما ذكر ما يخرج من رأس المال ولم يفصل فيها معينا من غيره، وابن رشد لما أن ذكر المعينات ذكر منها الماشية التي حل حولها، وليس فيها السن الواجب كما سيأتي إن شاء الله.

وأما تقييد اللخمي ذلك بعدم الساعي فلا يخالف فيه ابن رشد أيضا، لأن الساعي إذا كان موجودا وحل حول الماشية ومات ربها قبل مجيء الساعي سقطت زكاتها، ويستقبل بها الوارث حولا كما تقدم في باب الزكاة ففي عده كلام اللخمي وابن رشد طريقين نظر لا يخفى. والله أعلم. ثم أشار المؤلف إلى الوجه الثاني وهو الحقوق التي تخرج من رأس المال وليست بمعينة بقوله ثم [مؤن[2432]] تجهيزه بالمعروف ثم تُقضَى ديونه". قال ابن رشد في المقدمات: وأما الحقوق التي ليست بمعينات فإن كان في التركة وفاء بها أخرجت كلها وإن لم يكن فيها وفاء بدئ بالأوكد فالأوكد منها، وما كان بمنزلة واحدة تحاصوا في ذلك، فآكد الحقوق وأولاها بالتبدئة من رأس المال عند ضيقه الكفن [وتجهيز[2433]] الميت إلى قبره. انتهى.

قال أبو الحسن الصغير: لأن الغرماء على ذلك عاملوه في حياته يأكل ويكتسي، والكفن وتجهيزه إلى قبره من توابع الحياة. انتهى. وقال في الرسالة: ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث. قال الشيخ يوسف بن عمر: [يُرِيدُ[2434]] آلة الدفن من أجرة الغسال والحمال والحفار والحنوط وغير ذلك، والكفن ثلاثة أثواب، ولا كلام للورثة في ذلك ولا للغرماء لأن الدفن في ثوب واحد مكروه. انتهى.

الحديث ....

2430 – في المطبوع والمحوز المرهون وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ومايابى 284 (والرهن المحوز).

2431 – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ويحيى ص173 ومايابى 284.

2432 *– في المطبوع مؤنة وما بين المعقوفين من سيد55 ويحيى515 ويم168 ومايابى284.

2433 – في المطبوع وتجيز وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ويحيى ص173 ومايابى 284.

2434 – في المطبوع يريد وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ويحيى ص173 ومايابى 284.

نص خليل ....

متن الحطاب وهذا خلاف المشهور، وقد قدم المؤلف أنه لا يقضى بالزائد على الواحد إن شح الوارث إلا أن يوصي [ففي[2435]] ثلثه، وقال ابن ناجي: أراد الشيخ أن مؤنة الدفن كالكفن وخشونة الكفن ورقته على قدر حاله. انتهى. وهذا الذي قاله المؤلف في باب الجنائز: "وكفن بملبوسه [لجمعة،[2436]] وهذا معنى قول المصنف هنا: "ثم [مؤن[2437]] تجهيزه بالمعروف" ثم قال ابن رشد: ثم حقوق الآدميين من الديون الثابتة على المتوفى بالبينة العادلة، أو بإقراره بها في صحته أو في مرضه لمن لا يتهم عليه. انتهى. وقوله: "لمن لا يتهم عليه" مفهومه أنها إذا كانت لمن يتهم عليه لا تنفذ من رأس المال، وهو كذلك بمعنى أنها لا تدفع للمقر له، وإلا فهي تحسب من رأس المال، ولا يكون ما يخرج من الثلث إلا بعدها ثم ترجع ميراثا. قاله في أول الوصايا من المدونة، ونصه:

وإذا أقر المريض بدين وأوصى بزكاة مال [كان[2438]] فرط فيها وبتل في المرض ودبر فيه وأوصى بعتق عبد له بعينه وشراء عبد بعينه ليعتق وأوصى بكتابة عبد له وأوصى بحجة الإسلام وبعتق نسمة بغير [تعيينها[2439]] فالديون تخرج/ من رأس ماله وإن كانت لمن يتهم فيه، وهذا الذي ذكرناه في ثلث ما بقي فإن كان الدين لمن يجوز إقراره [له[2440]] أخذه، وإن كان لمن لا يجوز إقراره له رجع ميراثا. انتهى. وانظر فك الأسير ومدبر الصحة ونكاح المريضة هل يدخلون فيما ذكر من الدين المقر به لمن يتهم، وهو الذي يظهر من التوضيح في شرح قول ابن الحاجب في الوصايا: ولا مدخل للوصية فيما لم يعلم به أو لا يدخلون، وهو الظاهر من هذا المحل من المدونة؟ ثم [رأيت[2441]] في ابن يونس في كتاب المدبر أن المدبر في الصحة يدخل في ذلك فيكون فك الأسير المقدم عليه من باب أولى فتأمله. والله أعلم.

408

قال ابن رشد: ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته، ويبدأ من ذلك في رأس ماله الأوكد فالأوكد كما يبدأ الآكد فالآكد في ذلك إذا فرط فيه في حياته وأوصى به أن يؤدى عنه بعد وفاته وزكاة الماشية إذا مات عند حلولها عليه وليس [فيها[2442]] السن الواجبة فيها تجري في التبدئة مجرى مالم يخرجه عند حلوله وأشهد به على نفسه في صحته. انتهى.

قلت: قوله "ثم حقوق الله المفروضات من الزكاة والكفارات على مراتبها والنذور إذا أشهد على نفسه في صحته بوجوب ذلك عليه في ذمته" مشكل لأنه يقتضي أن من فرط في زكاة ماله مدة من الزمان ثم أشهد أنها في ذمته ثم مات أنها تؤخذ من رأس المال، وكذلك من أشهد أن في ذمته كفارات وأنه قد نذر أن يعطي فلانا كذا وكذا لشيء سماه وعينه ثم مات وهو في يده أنه يؤخذ من رأس ماله بل لو

الحديث ....

2435 *- في المطبوع في وما بين المعقوفين من سيد55 ويم168 ومايابى284 ويحيى515.
2436 *- في المطبوع لجمعته وما بين المعقوفين من سيد55 ويم168 ومايابى284 ويحيى515.
2437 *- في المطبوع مؤنة وما بين المعقوفين من سيد55 ويحيى515 ويم168 ومايابى284.
2438 – ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى515.
2439 – في المطبوع عينها وما بين المعقوفين من ن عدود ص407 ويم ص147 ويحيى ص515 ومايابى 285.
2440 – في التهذيب ج4 ص256 لم يجوز إقراره له أخذه.
2441 *- في المطبوع رأينا وما بين المعقوفين من يحيى515 ويم168 وسيد55.
2442 – في المطبوع فيه وما بين المعقوفين من ن عدود ص408 ويم ص148 ويحيى ص116 ومايابى 285.

نص خليل ....

متن الحطاب أشهد أنه نذر أن يتصدق على المساكين بكذا وكذا وأنه باق في ذمته أنه يؤخذ من رأس ماله، وقد نص في المدونة وغيرها على أنه إذا نذر أن يتصدق على المساكين بجميع ماله يؤمر بإخراج ثلث ماله ولا يجبر على ذلك، فإن كان لا يجبر عليه في حياته فكيف يؤمر الورثة بإخراجه من رأس المال؟

وقال البرزلي في أوائل مسائل الهبة: من قال لله علي صدقة مالي [أو ثلثه[2443]] لفلان فيلزمه ما دام حيا، فإذا مات بطل لأن صدقته وجبت [باعتراف[2444]] فمن شرطها الحوز قبل الوفاة انتهى وقال في باب الزكاة من النوادر: وإن مات بعد [الحول[2445]] فما حل ولم يفرط، أو قدم عليه فأمر بإخراجه في مرضه أو أوصى بذلك فهو من رأس ماله. قاله مالك. وإن لم يوص لم يجبر ورثته وأمروا بذلك، وقال أشهب: هي من رأس ماله وإن لم يوص [بها[2446]] أو لم يفرط، [وقاله[2447]] أشهب في زكاة الفطر إن من مات يوم الفطر [أو ليلته[2448]] ولم يوص فهي من رأس ماله.

وقال ابن القاسم لا تجبر ورثته[2449] إلا أن يوصي فتكون من رأس ماله. انتهى. ونقل ابن عرفة كلام ابن رشد وزاد فيه ونصه إثر كلامه المتقدم في الموضعين: وأوله كليا مؤنة إقباره ثم دين لآدمي ثم ما أشهد به في صحته فواجب عليه في صحته لله تعالى من زكاة أو كفارات. ابن رشد: أو نذر. قلت: للباجي عن عبد الحق عن بعض شيوخه: نذر الصحة في الثلث فلعل الأول في الملتزم والثاني في الموصى به وإلا تناقضا ويقدم منها في ضيق التركة المقدم منها في ضيق الثلث وفي كون زكاة عين حلت في مرضه من رأس ماله مطلقا، أو إن أوصى بها، وإلا أمر الوارث بها ولم يجبر قولا اللخمي مع أشهب وابن القاسم انتهى.

والثاني مذهب المدونة وهو المشهور كما تقدم، ومفهوم قول ابن رشد: "إذا أشهد في صحته" أنه لو لم يشهد لم يخرج من رأس المال بل ولا من الثلث، وهو كذلك إلا المتمتع إذا مات بعد رمي جمرة العقبة فالهدي عند ابن القاسم، وهو المشهور من رأس ماله وإن لم يوص [به[2450]] فينبغي أن يجعل رتبته بين حقوق الآدميين وحقوق الله تعالى التي أوصى بها.

قال في رسم حلف أن لا يبيع سلعة سماها من سماع ابن القاسم من كتاب الحج وسئل عن المتمتع يموت بعرفة وما أشبه ذلك أترى عليه هديا قال: من مات قبل رمي الجمرة فلا شيء عليه ومن رمى فأرى أن قد وجب عليه الهدي. قال عيسى: سألت ابن القاسم عن هديه هل من رأس المال أو في ثلثه قال بل في رأس المال وذلك أنه لم يفرط، وقال / سحنون لا يعجبني ما قال ولا يخرج من رأس ماله ولا من ثلثه إلا أن يشاء الورثة، ألا ترى أن من تجب عليه الزكاة قد عرف ذلك ثم يموت ولم يفرط في 409

الحديث ....

2443 *- في المطبوع وثلثه وما بين المعقوفين من يحيى515 ويم169 ومايابى285 وسيد55.

2444 *- في المطبوع باقتراف وما بين المعقوفين من البرزلي ج5 ص466.

2445 *- في المطبوع الحوز وما بين المعقوفين من يحيى515 وسيد55 ويم169 ومايابى285.

2446 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من النوادر ج2 ص196.

2447 - في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من يحيى515.

2448 *- في المطبوع وليلته وما بين المعقوفين من يحيى515 ومايابى285.

2449 *- في يحيى515 والنوادر ج2 ص196 لا يجبر ورثته ص408.

2450 *- في المطبوع بها وما بين المعقوفين من يحيى515 ومايابى286 ويم169.

نص خليل

مِنْ ذِي النِّصْفِ الزَّوْجُ وَبِنْتٌ وَبِنْتُ ابْنٍ إن لَّمْ تَكُنْ بِنْتٌ وأخْتٌ شَقِيقَة أوْ لأبٍ إن لَّمْ تَكُنْ شَقِيقَةٌ وَعَصَّبَ كُلاً أخٌ يُسَاوِيهَا.

متن الحطاب

إخراجها أنه إن أوصى بها كانت من رأس المال، وإن لم يوص لم تكن في ثلث ولا من رأس مال، إلا أن يشاء الورثة ابن رشد إنما قال ابن القاسم إنه يكون في رأس المال إن لم يوص به إذا لم يفرط بخلاف الزكاة التي لم يفرط فيها لأن الهدي لا يخفى وليس مما يفعل سرا كالزكاة التي يمكن أن يكون لم يوص بها من أجل أنه أداها سرا فتفرقة ابن القاسم بين المسألتين أظهر من مساواة سحنون بينهما ألا ترى أنهم لا يختلفون في وجوب إخراج الزكاة من الزرع الذي يموت عنه صاحبه وقد بدا صلاحه وإن لم يوص بإخراجها منه للعلم بأنه لم يؤد [زكاته، [2451]] وأشهب يرى إخراج زكاة المال الناض واجبا وإن لم يوص بإخراجها إذا مات عند وجوبها ولم يفرط. انتهى.

وعزا اللخمي قول ابن القاسم لمحمد قال: وعلى هذا من وجب عليه عتق رقبة من ظهار، فإن لم يفرط أعتق عنه من رأس ماله وإن فرط لم يعتق [عنه. [2452]] انتهى. وهو كلام ظاهر ومثله عتق كفارة القتل وكل ما كان ظاهرا لا يخفى ولم يفرط فيه. والله أعلم. وإلى جميع ما تقدم أشار المؤلف بقوله: "ثم تقضى ديونه" لأن حقوق الآدميين وحقوق الله يصدق عليها كلها ديون وكذلك عبارة الرسالة ويبدأ بالكفن ثم الدين ثم الوصية ثم الميراث، ولهذا قال شارحه الشيخ يوسف بن عمر: ثم الدين الذي بعوض والذي يثبت بالبينة أو بإقرار الميت في صحته أو بإقراره في مرضه لمن لا يتهم عليه ثم الدين الذي بغير عوض مثل الزكاة التي فرط فيها وأقرّ بها في صحته، والكفارات، ثم بعد هذا الوصية. انتهى. ولكنه ليس في كلام المؤلف ولا في كلام صاحب الرسالة ما يدل على أن حقوق الآدميين مقدمة على حقوق الله تعالى، وقوله: "ثم وصاياه من ثلث الباقي" يريد وما يخرج مع الوصايا مما هو مقدم عليها كما تقدم ثم الباقي لورثته وإنما قدمت الوصية على الميراث لاحتمال أن يبقى من الثلث شيء لهم.

تنبيه: قال البرزلي: وكان شيخنا الإمام رحمه الله يقول من أراد أن يتحيل بإخراج ماله بعد موته فليفعل مثل ما ذكر في هذا القسم. انتهى. يعني أنه يشهد في صحته بشيء من حقوق الله تعالى. والله أعلم.

ص: **من ذي النصف** ش: من الفرضيين من لم يتعرض لعد الوارث وإنما يقول الفروض ستة، ثم يقول أصحاب النصف كذا وأصحاب كذا كذا إلى آخره، ومنهم المصنف، لكنه لشدة الاختصار لم يعد أولا الفروض بل كلما ذكر فرضا أتبعه بأصحابه، ومن الفرضيين من يعد الورثة أولا ثم يذكر الفروض كابن الحاجب. والله أعلم.

ص: **وعصب كلا أخ يساويها** ش: أي عصب كل واحدة من البنت وبنت الابن والأخت الشقيقة والأخت للأب أخ يساويها؛ أي في الوصف الذي ترث به، فيعصب الشقيقة أخ يساويها أي شقيق، فتأخذ الثلث ويأخذ [الثلثين، [2453]] ولا يعصبها الأخ للأب، بل [تأخذ فرضها النصف [2454]] ثم

الحديث

....

[2451] – في المطبوع زكاتها وما بين المعقوفين من يحيى516 وسيد55.

[2452] *– في المطبوع عنها وما بين المعقوفين من يحيى516 ويم169.

[2453] – في المطبوع الثلث وما بين المعقوفين من ن عدود ص409 ويم ص148 ويحيى ص516 ومايابى 286.

[2454] *– في المطبوع تأخذ من فرضها النصف وما بين المعقوفين من يحيى516 ويم169 ومايابى286.

نص خليل

وَالْجَدَّ [والأخْرَيَيْن الأوليَان[2455] نص] وَلِتَعَدُّدِهِنَّ الثلثان وَلِلثَّانِيَةِ مَعَ الأولَى السُّدُسُ وَإنْ كَثُرْنَ وَحَجَبَهَا ابْنٌ فَوْقَهَا وَبِنْتَان فَوْقَهَا إلاَّ لابْن فِي دَرَجَتِهَا مُطْلَقًا أَوْ أَسْفَلَ فَمُعَصِّبٌ وَأخْتٌ لأبٍ فَأكْثَرَ مَعَ الشَّقِيقَةِ فَأكْثَرَ كَذَلِكَ إلاَّ أنَّهُ إنَّمَا يُعَصِّبُ الأخَ.

متن الحطاب

يكون له ما بقي بعد الفروض، ويعصب الأخت للأب أخ يساويها أي للأب فتأخذ هي وهو المال للذكر مثل حظ الأنثيين كما تقدم في الشقيقة ولو كان شقيقا لم يعصب التي للأب بل يسقطها ويعصب البنت أخ لها يساويها في الوصف الذي ترث به وهو البنوة، ولا يلتفت لكونه شقيقا لها أو لأب، ويعصب بنت الابن أخ يساويها في كونه ابن ابن، سواء كان شقيقا لها أو لأب ويعصبها غيره كما سيأتي فصح قول المؤلف: "أخ يساويها، وكون بنت الابن يعصبها غيره أيضا لا يرد عليه لأن المصنف لم يحصر فسقط قول من قال أما الشقيقة والأخت للأب فيعصب كل واحدة منهما أخوها المساوي لها في كونهما شقيقين أو لأب، وأما بنت الصلب فيعصبها أخوها كيف كان، وأما بنت الابن فيعصبها أخوها وابن عمها، وقد يعصبها ابن أخيها أو حفيد/ عمها كما يشير إليه بعد، فلا يخفاك ما في كلامه هذا. انتهى. وقد ظهر لك بيانه. والله أعلم.

410

تنبيه: الفرضيون يقولون العصبة ثلاثة أقسام: عصبة بنفسه فهم كل ذكر إلا الزوج والأخ للأم والمعتقة من الإناث فقط، وعصبة بغيره وهي أربع البنت فأكثر، وبنت الابن فأكثر، والأخت الشقيقة فأكثر والأخت للأب فأكثر، يعصب كلا من تقدم ذكره ومن يأتي في بنت الابن، وعصبة مع غيره وهي الأخت فأكثر شقيقة أو لأب مع البنت وبنت الابن فأشار المؤلف إلى العصبة بنفسه بقوله فيما يأتي: "ولعاصب ورث المال إلى آخره" وأشار إلى العصبة بغيره بقوله: "وعصب [كلا[2456]] أخ يساويها" وأشار إلى العصبة مع غيره بقوله: "والأخريين الأوليان" ومعنى عصبة بغيره أن سبب تعصيبه كونه مع عصبة غيره، ومعنى عصبة مع غيره أي مع كون غيره ليس بعصبة فظهر الفرق بينهما والله أعلم

ص: **والجد والأوليان الأخريين** ش: كذا هو في بعض النسخ. قال ابن غازي: وهو الصواب والمعنى أن الجد والأوليين وهما البنت وبنت الابن يعصب كل واحد منهم الأخريين، وهما الأخت الشقيقة والأخت للأب فقط ولا يعصب الجد البنت ولا بنت الابن. والله أعلم.

ص: **ولتعددهن الثلثان** ش: يرد على ظاهر هذه العبارة وعلى قوله بعد: "والثلثان لذي النصف إن تعدد" أن البنت والأخت [لا يرثان[2457]] الثلثين، وهذه العبارة سبقه إليها الحوفي والقاضي. والله أعلم.

ص: [**إلا أنه إنما يعصب الأخ**[2458]] ش: بهذا الاستثناء خلص من الاعتراض الوارد على عبارة الحوفي حيث أطلق وترك هذا الاستثناء فقال ابن عرفة: قوله: "وكذلك الأخوات للأب"يؤذن بأنهن مع

الحديث ....

[2455] –والأوليان الاخريين نسخة. وهي الصواب كما في عب عن غ.

[2456] – في المطبوع كل وما بين المعقوفين من ن عدود ص410 ويم ص148 ويحيى ص116 ومايابى 287.

[2457] – هكذا في ن عدود ص410 وصوبه الشيخ محمد سالم بوالأخت ترثان وهو الذي في مايابى 287 يحيى174 يم149.

[2458] – في المطبوع أخته وما بين المعقوفين من ن عدود ص410 ويم ص149 ويحيى ص114 ومايابى 287.

نص خليل

وَالرُّبُع الزَّوْجُ بِفَرْعِ وَزَوْجَة فَأَكْثَرَ وَالثمن لَهَا أَوْ لَهُنَّ بِفَرْعِ لاَّحِق وَالثلُثَيْن لِذِي النِّصْفِ إِنْ تَعَدَّدَ وَالثُّلُثِ لأمِّ وَوَلَدَيْهَا فَأَكْثَرَ وَحَجَبهَا [مِنَ الثلثِ[2459] نص] لِلسُّدُس وَلَدٌ وَإِنْ سَفُلَ وَأَخَوان أَوْ أُخْتَان مُطْلَقًا وَلَهَا ثلثُ الْبَاقِي فِي زَوْجٍ وَأَبَوَيْن وَزَوْجَةٍ وَأَبَوَيْن وَالسُّدُس لِلْوَاحِدِ مِنْ وَلَدِ الأمِّ مُطْلَقًا وَسَقَط بِابْنَ وَابْنِهِ وَبِنْتٍ وَإِنْ سَفُلَتْ وَأَبٍ وَجَدٍّ وَالأبِ أو الأمِّ مَعَ وَلَدٍ وَإِنْ سَفُلَ وَالْجَدَّةِ فَأَكْثَرَ وَأَسْقَطَهَا الأمُّ مُطْلَقًا وَالأبُ الْجَدَّةَ مِنْ قِبَلِهِ وَالْقُرْبَى مِنْ جِهَةِ الأمِّ الْبُعْدَى مِنْ جِهَةِ الأبِ وَإِلاَّ اشْتَرَكَتَا وَأَحَدُ فُرُوض الْجَدِّ غَيْرِ الْمُدْلِي بِأُنْثَى وَلَهُ مَعَ الإخْوَةِ أو الأخَوَاتِ الأشِقَّاءِ أَوْ لأَبٍ الْخَيْرُ مِنَ الثلُثِ أو الْمُقَاسَمَةُ وَعَادَّ الشَّقِيقُ بِغَيْرِهِ ثمّ رَجَعَ كَالشَّقِيقَةِ بِمَالَهَا لَوْ لَمْ يَكُنْ جَدٌّ وَلَهُ مَعَ ذِي فَرْض مَعَهُمَا السُّدُسُ أَوْ ثُلُثُ الْبَاقِي أو الْمُقَاسَمَةُ وَلاَ يُفْرَضَ لأخْتٍ مَعَهُ إِلاَّ فِي الأكْدَرِيَّةِ وَالْغَرَّاءِ زَوْجٌ وَجَدٌّ وَأُمّ وَأُخْتٌ شَقِيقَة أَوْ لأبٍ فَيُفْرَضُ لَهَا وَلَهُ ثمّ يُقَاسِمُهَا.

متن الحطاب

الشقيقات في كل ما تقدم كبنات الابن مع البنات وليس كذلك، فإن الأخوات للأب لا يعصبهن ابن أخيهن كما يعصب بنات الابن ابن أخيهن.انتهى.

ص: والربع الزوج بفرع ش: لا بد من تقييده بكونه وارثا، فلو كان الفرع غير وارث إما لمانع به كالرق والقتل أو لكونه من ولد البنات لم يحجب الزوج إلى الربع، ولا يقال بأن هذا مستغنى عنه بما هو مقرر بأن كل من لا يرث بحال فلا يحجب وارثا؛ لأنا نقول لم يذكر المصنف أن الولد يحجب الزوج إلى الربع حتى يكتفي بما ذكر بل كلامه في الحال التي يرث الزوج فيها الربع فذكر أن ذلك إذا لم يكن هناك فرع فلا بد من تقييده بما ذكر. والله أعلم.

411 ص: والثمن لها أو لهن بفرع لاحق ش: لو قال وارث لكان أحسن وأشمل لما تقدم فوقه. والله أعلم./

ص: والثلثين لذي النصف إن تعدد ش: هذا تكرار مع ما تقدم. والله أعلم.

ص والثلث للأم وولديها فأكثر ش:

فرع: قال الباجي في المنتقى في كتاب الفرائض: وفي كتاب ابن عجلان الفرضي في الصبي يموت وله أم متزوجة فإنه لا ينبغي لزوجها أن يطأها حتى يتبين أنها حامل أو حائل لمكان الميراث لأنها إن كانت حاملا ورث ذلك الحمل أخاه لأمه، وقال أشهب لا يعزل عنها وله وطؤها فإن وضعت بعد موته لأقل من ستة أشهر ورث أخاه وإن وضعته لتمام ستة أشهر لم يرثه لأنه وإن عزل عنها لم يؤمن أن يطرقها ويتسور عليها، وهذا إذا لم يكن حملها ظاهرا يوم مات الميت ولو كان حملها ظاهرا لورث أخاه وإن وضعته لأكثر من ستة أشهر أو تسع أو أكثر من ذلك، وكذلك إن كان زوجها غائبا غيبة بعيدة لا يتهيأ له الوصول إليها فإنه يرث أخاه إن ولد لأكثر من تسعة أشهر. انتهى. ونقله القرافي في الذخيرة مختصرا فأجحف فيه، وقال ابن يونس: روي عن علي وعمر بن عبد العزيز إن مات ولأمه زوج غير أبيه أن زوجها يعتزل عنها حتى يستبرئها بحيضة ليعلم أنها حامل أم لا احتياطا للميراث فإن لم يعتزلها أو قال اعتزلتها فلم تصدقه الورثة فاتفق العلماء أنها إن ولدت لأقل من ستة أشهر ورثه أخوه للأم إلا أن يكون للميت من يحجبه فإن ولدت لستة أشهر فأكثر لم يرثه إلا أن تصدقها الورثة أنها كانت حاملا يوم مات ابنها أو يشهد بذلك امرأتان فصاعدا.انتهى.

412 ص: والأب أو الأم مع ولد وإن سفل ش: يعني أن السدس/ فرض كل واحد من الأب والأم مع

الحديث

....

[2459] نص- وحجبها للسدس نسخة.

نص خليل

وَإِنْ كَانَ مَحَلَّهَا أَخٌ لأَبٍ وَمَعَهُ إِخْوَةٌ لأُمٍّ سَقَطَ وَلِعَاصِبٍ وَرِثَ الْمَالَ أَوِ الْبَاقِي بَعْدَ الْفَرْضِ وَهُوَ الاِبْنُ ثُمَّ ابْنُهُ وَعَصَّبَ كُلٌّ أُخْتَهُ ثُمَّ الأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ وَالإِخْوَةُ كَمَا تَقَدَّمَ الشَّقِيقُ ثُمَّ لِلأَبِ وَهُوَ كَالشَّقِيقِ عِنْدَ عَدَمِهِ إِلاَّ فِي الْحِمَارِيَّةِ وَالْمُشْتَرَكَةِ زَوْجٌ وَأُمٌّ أَوْ جَدَّةٌ وَأَخَوَانِ لأُمٍّ وَشَقِيقٌ وَحْدَهُ أَوْ مَعَ غَيْرِهِ فَيُشَارِكُونَ الإِخْوَةَ لِلأُمِّ الذَّكَرُ كَالأُنْثَى وَأَسْقَطَهُ أَيْضًا الشَّقِيقَةُ الَّتِي كَالْعَاصِبِ لِبِنْتٍ أَوْ بِنْتِ ابْنٍ فَأَكْثَرَ ثُمَّ بَنُوهُمَا ثُمَّ الْعَمُّ الشَّقِيقُ ثُمَّ لأَبٍ ثُمَّ عَمُّ الْجَدِّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ وَإِنْ غَيْرَ شَقِيقٍ وَقُدِّمَ مَعَ التَّسَاوِي الشَّقِيقُ مُطْلَقًا ثُمَّ الْمُعْتِقُ كَمَا تَقَدَّمَ ثُمَّ بَيْتُ الْمَالِ وَلاَ يُرَدُّ وَلاَ يُدْفَعُ لِذَوِي الأَرْحَامِ وَيَرِثُ بِفَرْضٍ وَعُصُوبَةٍ الأَبُ ثُمَّ الْجَدُّ مَعَ بِنْتٍ وَإِنْ سَفُلَتْ.

متن الحطاب

الولد أو ولد الابن وإن سفل، سواء كان ذكرا أو أنثى، أما الأم فحالها معلوم مما تقدم، وأما الأب فله ثلاث حالات حالة يرث فيها بالفرض فقط، وحالة بالتعصيب فقط وحالة يجمع بينهما فالأولى إذا كان معه ابن أو ابن ابن أو بنت أو بنات ومع البنت والبنات أصحاب فروض يستغرقون التركة أو يفضل منها قدر السدس أو أقل من السدس، والحالة الثانية إذا لم يكن معه ولد ولا ولد ابن لا ذكرا ولا أنثى فيرث المال جميعه بالتعصيب إن انفرد أو الباقي بعد أصحاب الفروض، والحالة الثالثة إذا كان معه بنت أو بنت ابن أو بنتان فأكثر أو بنتا ابن فأكثر، وضابطها أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما [ما[2460]] يأخذ الثلثين أو النصف، فيأخذ السدس فرضا عملا بقوله تعالى: ﴿ ولأبويه لكل واحد منهما السدس ﴾ والباقي عصوبة لحديث: {فما بقي فلأولى رجل ذكر[1]} انظر شرح الشيخ زكرياء الكبير على الفصول والجزولي الكبير. والضابط المذكور مأخوذ من كلام ابن الهائم في الفصول وينبغي أن يزاد فيه فيقال وضابطه أن يكون معه من البنات أو بنات الابن أو منهما أو من أحدهما وصاحب فرض ما يفضل عنهم أكثر من السدس ليشمل نحو بنت وأبوين فتأمله. والله أعلم.

413

ص: **وإن كان محلها أخ لأب ومعه إخوة لأم سقط** ش: أي لو كان/ موضع الأخت الشقيقة أو [للأب[2461]] أخ لأب ومعه إخوة لأم فليست بأكدرية، وذلك أن الأم قد حجبت للسدس بتعدد الإخوة فللزوج النصف وللأم السدس وللجد السدس، واختلف في السدس الباقي، فقيل يأخذه الأخ للأب، والمشهور أن الجد يأخذ الجميع، ويسقط الأخ للأب؛ لأن الجد يقول للأخ للأب أرأيت لو لم أكن معكم أكان يكون لك شيء؟ فيقول: لا، وذلك لأن الإخوة للأم إنما يسقطون بوجوده ولو لم يوجد لكانوا أصحاب فروض، يعال لهم إن تعددوا ويأخذون السدس إن لم يتعددوا ويسقط معهم الإخوة للأب فيقول الجد للإخوة للأب: ليس وجودي بالذي يوجب لكم شيئا لم يكن لكم، وتسمى هذه بالمالكية.

ص: **والمشتركة** ش: يقال فيها مشتركة بتاء فوقية بعد الشين كما ذكره القرافي فتكون من الاشتراك، ويقال لها المشركة بلا تاء بفتح الراء المشددة؛ أي المشرك فيها بحذف الجار والمجرور، ويقال أيضا بكسر الراء. انتهى بالمعنى من شرح الفصول لشيخنا زكرياء. وقريب منه في القاموس فليحرر. والله أعلم.

ص: **ثم بيت المال ولا يرد ولا يدفع لذوي الأرحام** ش: يعني أنه إذا لم يكن للميت من يرثه من

الحديث

[1] – عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحقوا الفرائض بأهلها فما بقي فهو لأولى رجل ذكر، البخاري في صحيحه، كتاب الفرائض، رقم الحديث 6735، ط. دار الفجر 2005، ومسلم في صحيحه، كتاب الفرائض، رقم الحديث 1615، .ط، دار إحياء التراث العربي.

[2460] *– كذا في النسخ.

[2461] *– في المطبوع الأب وما بين المعقوفين من يحيى517 ويم170 ومايابى288.

نص خليل ....

متن الحطاب 414 النسب ولا من يرثه بالولاء فماله لبيت مال المسلمين،/ وقد أطلق رحمه الله في بيت المال ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه، وكأنه رحمه الله تبع ظاهر كلام ابن الحاجب حيث قال وإن لم يكن وارث فبيت المال على المشهور وقيل لذوي الأرحام، وعن ابن القاسم يتصدق به إلا أن يكون الوالي كعمر بن عبد العزيز فأطلق في القول الأول الذي جعله المشهور أن بيت المال وارث ولم يقيده بما إذا كان الوالي يصرفه في مصارفه بل ظاهر كلامه أن التقييد بذلك خلاف المشهور، وقبل ابن عبد السلام كلامه، وكذلك الشيخ خليل في التوضيح، وتبعه على ذلك في مختصره فأطلق أن بيت المال وارث والذي ذكره غير واحد من أهل المذهب أن بيت المال وارث إذا كان يصرفه في وجوهه. قال الباجي في المنتقى في الكلام على الوصايا: مسألة: من مات ولا وارث له فقد روى محمد عن أبي زيد عن ابن القاسم يتصدق بما ترك إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذلك من أعتق نصرانيا فمات النصراني ولا وارث له فليتصدق بماله، ولا يجعل في بيت المال، ووجه ذلك أن الوالي ليس له أن يستبد به ولا يصرفه في غير وجوه البر فإذا كان ممن لا يصرفه في وجوه البر ساغ لمن كان بيده أن يصرفه في وجوه البر. انتهى. ولم يحك في ذلك خلافا. ثم قال: مسألة: ومن أوصى له من لا وارث له بجميع ماله فقد قال مالك يجزئه أن يتصدق بثلثه.

[قال[2462]] ابن المواز: [يتصدق بذلك[2463]] [عن[2464]] المسلمين لا عن الميت، ووجه ذلك أن ملك الموصي قد زال عن ثلثي ماله بالموت إلى وارث معين [أو غير معين[2465]] فإن كان معينا دفع إليه وإن كان غير معين تصدق به عمن صار إليه. اهـ. وذكر ابن يونس في أواخر كتاب الوصايا الأول كلام ابن القاسم المتقدم واقتصر عليه، وكذلك ابن رشد في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا ولم يذكر في ذلك خلافا. وقال ابن عرفة بعد ذكر كلام ابن الحاجب: قال أبو عمر في كافيه: من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان موضوعا في وجهه ولا يرد إلى ذوي الأرحام ولا إلى ذوي السهام.

قال ابن عرفة: قلت: وقال الطرطوشي في تعليقته: إنما يكون لبيت المال في وقت يكون الإمام فيه عادلا وإلا فليرد إلى ذوي الأرحام. الباجي في كتاب الوصايا: لمحمد عن أبي زيد عن ابن القاسم من مات ولا وارث له يتصدق بما ترك، إلا أن يكون الوالي يخرجه في وجهه مثل عمر بن عبد العزيز فليدفع إليه، وكذا من أعتق نصرانيا ومات النصراني ولا وارث له تصدق بماله، ولا يجعل في بيت المال وحكاه الصقلي، وقاله ابن رشد في سماع أبي زيد، وقال اللخمي: من أوصى بكل ماله ولا وارث له قيل ليس له ذلك، وقيل وصيته ماضية. هذا إن أوصى به للأغنياء أو فيما لا يصرفه فيه

الحديث ....

[2462] *- في المطبوع فقال وما بين المعقوفين من يحيى517 ومايابى289 ويم170 والمنتقى ج8 ص97.

[2463] *- في المطبوع يتصدق بجميع ذلك وما بين المعقوفين من يحيى517 ويم170 ومايابى289 والمنتقى ج8 ص97.

[2464] *- في المطبوع على وما بين المعقوفين من ن عدود ص414 ويحيى517 ويم170 ومايابى289 والمنتقى ج8 ص97.

[2465] - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص414 ويم ص150 ويحيى ص175 ومايابى 289.

نص خليل ....

متن الحطاب الإمام أو وليه، ولو جعله في الفقراء وفيما لو رفعه إلى الإمام لقضي فيه بمثل ذلك لم تغير وصيته؛ لأنه فعل صوابا، ولا اختلاف في ذلك، واختلف إن مات عن غير وصية هل هو كالفيء يحل للأغنياء أو يقصر على الفقراء. انتهى. وقال ابن عسكر في عمدته: المذهب أن ما أبقت الفروض يكون عند عدم العصبة لبيت المال، وأنه وارث من لا وارث له، فإن لم يكن فللمسلمين، ولا يرد على ذوي السهام، ولا يرثه ذوو الأرحام، وقيل بل [يورث[2466]] بالرد والرحم. انتهى.

وقال في الإرشاد: والمذهب أن ما أبقت الفروض فلأولى عصبة، فإن لم يكن فللموالي، فإن لم [يكونوا[2467]] فلبيت المال، فإن عدم فللفقراء والمساكين، لا بالرد ولا بالرحم، وورثهما المتأخرون. انتهى. وذكر الشيخ سليمان البحيري في شرح الإرشاد عن المعتمد نحو عبارة العمدة. ثم قال: وحكى صاحب عيون المسائل [اتفاق[2468]] شيوخ المذهب بعد المائتين على توريث ذوي الأرحام والرد على ذوي السهام. انتهى. وقوله في/ الإرشاد: فإن عدم أشار التتائي في شرحه أن المراد بذلك أن لا يصرف في وجوهه فتأمله. وقال ابن يونس في كتاب الفرائض في باب الرد: أجمع المسلمون أنه لا يرد على الزوج والزوجة، وأن الباقي بعد فرضهما على مذهب من لا يورث ذوي الأرحام لبيت مال المسلمين أو للفقراء والمساكين، وعلى مذهب من يورث ذوي الأرحام يكون الباقي بعد فرض الزوجين لذوي الأرحام. انتهى.

415

وقال في باب الإقرار بوارث وأنه لا يرد بذلك الإقرار: بل إن كان له وارث معروف فالمال له، وإن لم يكن فالمال لبيت المال، [وإنما[2469]] استحب في زماننا هذا إذا لم يكن له وارث معروف [أن[2470]] المقر له أولى من بيت المال؛ إذ ليس ثم بيت [مال[2471]] للمسلمين يصرف ماله في مواضعه. انتهى.

وقال في باب توريث ذوي الأرحام: قال إسماعيل القاضي: متى كان للميت عصبة من ذوي الأرحام فهم أولى، فإن لم يكونوا فالولاء، فإن لم يكن ولاء فبيت مال المسلمين.

قال ابن يونس: فإن لم يكن بيت مال فأولوا الأرحام لما في ذلك من الآثار المتقدمة، لا سيما إذا كانوا ذوي حاجة فيجب اليوم أن يتفق على توريثهم، وإنما تكلم مالك وأصحابه إذا كان للمسلمين بيت مال لأن بيت المال يقوم مقام العصبة إذا لم يكن عصبة، ألا ترى أن الرجل لو قتل قتيلا خطأ ولم يكن له عصبة ولا موالي وجب أن يعقل عنه من بيت المال فكذلك يكون ميراثه لبيت المال، وإذا لم يكن بيت مال أو كان بيت مال لا يوصل إليه شيء منه وإنما يصرف في غير وجهه فيجب أن يكون ميراثه لذوي رحمه الذين ليسوا بعصبة إذا لم يكن له عصبة [ولا موالي[2472]]، وإلى هذا رأيت كثيرا من فقهائنا ومشايخنا يذهبون في زماننا هذا، ولو أدرك مالك وأصحابه مثل زماننا هذا لجعل الميراث لذوي الأرحام إذا انفردوا، والرد على من يجب له الرد من أهل السهام. انتهى. وقال الشيخ زروق في شرح الإرشاد: قال الشيخ أبو محمد بن أبي زيد: من لم يكن له عصبة ولا ولاء فبيت مال المسلمين إذا كان

الحديث ....

2466 *- في المطبوع يرث وما بين المعقوفين من يم171.

2467 *- في المطبوع يكن وما بين المعقوفين من يحيى517.

2468 *- في المطبوع اتفق وما بين المعقوفين من يحيى517 ومايابى289 ويم171.

2469 *- في يحيى517 وأنا أستحب.

2470 – في المطبوع فإن وما بين المعقوفين من يحيى517 وم.

2471 – في المطبوع المال وما بين المعقوفين من م ويحيى517.

2472 *- كذا في النسخ.

نص خليل

كَابْنِ عَمٍ أَخٍ لأمٍّ وَوَرِثَ ذُو فَرْضَيْنِ بِالأَقْوَى وَإِنِ اتَّفَقَ فِي الْمُسْلِمِينَ كَأُمٍّ أَوْ بِنْتٍ أُخْتٌ وَمَالُ الْكِتَابِي الْحُرِ الْمُؤَدِّي لِلْجِزْيَةِ لأَهْلِ دِينِهِ مِنْ كُورَتِهِ [وَالأُصُولُ[2473] ـس] اثْنَانِ وَأَرْبَعَةٌ وَثَمَانِيَةٌ وَثَلاثَةٌ وَسِتَّةٌ وَاثْنَا عَشَرَ وَأَرْبَعَةٌ وَعِشْرُونَ فَالنِّصْفُ مِنَ اثْنَيْنِ وَالرُّبُعُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَالثُمُنُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ [وَالثُّلُثُ[2474] ـس] مِنْ ثَلاثَةٍ وَالسُّدُسُ مِنْ سِتَّةٍ وَالرُّبعُ وَالثلُثُ أَوِ السُّدُسُ مِنِ اثْنَي عَشَرَ وَالثمُنُ وَالثلُثُ أو السُّدُسُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ وَمَا لاَ فَرْضَ فِيهَا فَأَصْلُهَا عَدَدُ عَصَبَتِهَا وَضُعِّفَ لِلذَّكَرِ عَلَى الأُنْثَى وَإِنْ زَادَتِ الْفُرُوضُ أُعِيلَتْ فَالْعَائِلُ السِّتَّة لِسَبْعَةٍ وَلِثَمَانِيَةٍ وَلِتِسْعَةٍ وَلِعَشَرَةٍ.

متن الحطاب

موضوعا في وجهه، ولا يرثه ذوو الأرحام، ولا يرد على ذوي السهام. انتهى. وقال ابن الفرس في أحكام القرآن في سورة النساء في قوله تعالى: ﴿ وإن كانت واحدة فلها النصف ﴾: إن ما فضل عن الورثة يكون لبيت المال، فإن لم يكن بيت مال المسلمين فإلى الفقراء. انتهى. وقال ابن ناجي في شرح الرسالة في آخر باب زكاة العين والحرث في شرح قوله: "وفي الركاز الخمس، وهو دفن الجاهلية الخمس على من أصابه" ما نصه: فإن كان الإمام عدلا دفع [الواجد[2475]] الخمس له يصرفه في محله، وإن كان غير عدل فقال مالك يتصدق به الواجد ولا يرفعه إلى من يغيب به، وكذلك العشر وما فضل من المال [عن[2476]] الورثة، ولا أعرف اليوم بيت مال، وإنما هو بيت ظلم. انتهى. فكلامهم في هذه المواضع كلها يبين أن بيت المال في زماننا هذا معدوم. والله أعلم.

فرع: إذا كان الوارث هو بيت مال المسلمين فمات شخص في بلد وخلف فيه مالا وخلف في بلد آخر مالا وليس له وارث إلا جماعة المسلمين فقال في الفصل السادس من مفيد الحكام في الوصايا ومن [الخمسة[2477]] لأصبغ، وهي أيضا في السليمانية: وإذا مات الرجل في بلد وخلف فيه مالا وخلف أيضا في بلد [آخر[2478]] وفي بلد سواه مالا غيره، ولم يكن له وارث إلا جماعة المسلمين فإن عامل البلد الذي مات فيه وكان مستوطنا به أحق بميراثه، مات فيه أو في غيره، كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد. انتهى. والظاهر أن قوله: "وفي بلد سواه" تكرار، وأن قوله: "مات فيه" زائد. والله أعلم. وفي أجوبة ابن رشد: وسئل عمن مات في بلد وخلف فيه مالا وفي بلد آخر مالا، وليس له وارث إلا جماعة المسلمين وليس أحد البلدين له وطنا وأراد صاحب البلد الذي مات فيه أخذ المال الذي خلفه في البلد الثاني ومنعه صاحبه هل له ذلك أم لا؟ وكيف إن كان البلد الذي مات فيه وطنا، أو الذي لم يمت فيه؟

416 فأجاب عامل البلد الذي فيه استيطان المتوفى أحق بقبض ميراثه مات فيه أو في/ غيره كان ماله فيه أو فيما سواه من البلاد ذكره في مسائل المواريث.

ص: **كابن عم أخ لأم** ش: يعني إذا اجتمع في شخص سهمان أحدهما بالفرض والآخر بالتعصيب

417 فإنه يرث بهما/ كابن العم يكون [أخا لأم[2479]] فيأخذ السدس بالإخوة للأم والباقي بالعصوبة، وكذلك إذا كان ابن العم زوجا، وكذلك إذا كان المولى زوجا، ولا خلاف في هذا أعني أنه يأخذ فرضه والباقي بالتعصيب إذا لم يكن معه من يشاركه في التعصيب، فأما إن كان معه من يشاركه في التعصيب وفي منزلته كابني عم أحدهما أخ لأم فقال ابن القاسم: [للأخ للأم السدس[2480]] ويقسم مع

الحديث

....

[2473] س – المراد بالأصول أقل عدد تخرج منه سهام التركة صحيحة من غير كسر فأصل المسألة مقام الفرض أي مخرجه وعبر بالأصول لأن الانكسار والعول فرعان لها بن.

[2474] س – محنض بابه والثمن والثلث انتفي جمعهما ولم يكررا ولا ضعفهما.

[2475] * – في المطبوع الواحد وما بين المعقوفين من يحيى518 ويم171 ومايابى290.

[2476] – في المطبوع على وما بين المعقوفين من م ويحيى518.

[2477] * – في يحيى518 وفي المجموعة.

[2478] – في المطبوع أخرى وما بين المعقوفين من مايابى290.

[2479] – في المطبوع لأم أخا وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 ويم ص150 ويحيى ص176 ومايابى 291.

[2480] – في المطبوع للأخ السدس للأم وما بين المعقوفين من ن عدود ص417 ويم ص150 ويحيى ص176 ومايابى 291.

نص خليل

وَالاثْنَا عَشَرَ لِثَلَاثَةَ عَشَرَ وَخَمْسَةَ عَشَرَ وَسَبْعَةَ عَشَرَ وَالأَرْبَعَةُ وَالْعِشْرُونَ لِسَبْعَةٍ وَعِشْرِينَ زَوْجَةٍ وَأَبَوَانِ وَابْنَتَانِ وَهِيَ الْمِنْبَرِيَّةُ لِقَوْلِ عَلِيٍّ صَارَ ثُمُنُهَا تُسْعًا [وَرُدَّ[2481] س] كل [صِنْفٍ[2482] س] انْكَسَرَتْ عَلَيْهِ سِهَامُهُ إِلَى وَفْقِهِ وَإِلاَّ تُرِكَ وَقَابَلَ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَخَذَ أَحَدَ الْمِثْلَيْنِ وَأَكْثَرَ الْمُتَدَاخِلَيْنِ وَحَاصِلَ ضَرْبِ أَحَدِهِمَا فِي وَفْقِ الآخَرِ إِنْ تَوَافَقَا وَإِلاَّ فَفِي كُلِّهِ إِنْ تَبَايَنَا ثُمَّ بَيْنَ الْحَاصِلِ وَالثَّالِثِ ثُمَّ كَذَلِكَ وَضُرِبَ فِي الْعَوْلِ أَيْضًا وَفِي الصِّنْفَيْنِ اثْنَتَا عَشْرَةَ صُورَةً لأَنَّ كُلَّ صِنْفٍ إِمَّا أَنْ يُوَافِقَ سِهَامُهُ أَوْ يُبَايِنَهَا أَوْ يُوَافِقَ أَحَدُهُمَا وَيُبَايِنَ الآخَرُ ثُمَّ كُلٌّ إِمَّا أَنْ يَتَدَاخَلاَ أَوْ يَتَوَافَقَا أَوْ يَتَبَايَنَا أَوْ يَتَمَاثَلاَ فَالتَّدَاخُلُ أَنْ يُفْنِيَ أَحَدُهُمَا الآخَرَ أَوَّلاً وَإِلاَّ فَإِنْ بَقِيَ وَاحِدٌ فَمُتَبَايِنٌ وَإِلاَّ فَالْمُوَافَقَةُ بِنِسْبَةِ مُفْرَدٍ لِلْعَدَدِ الْمُفْنِي آخِرًا وَلِكُلٍّ مِنَ التَّرِكَةِ بِنِسْبَةِ حَظِّهِ مِنَ الْمَسْأَلَةِ أَوْ تُقَسَّمُ التَّرِكَةُ عَلَى مَا صَحَّتْ مِنْهُ الْمَسْأَلَةُ كَزَوْجٍ وَأُمٍّ وَأُخْتٍ لِلزَّوْجِ ثَلاثَةٌ وَالتَّرِكَةُ عِشْرُونَ فَالثَّلاثَةُ مِنَ الثَّمَانِيَةِ رُبْعٌ وَثُمُنٌ فَيَأْخُذُ سَبْعَةً وَنِصْفًا وَإِنْ أَخَذَ أَحَدُهُمْ عَرْضًا فَأَخَذَهُ بِسَهْمِهِ وَأَرَدْتَ مَعْرِفَةَ قِيمَتِهِ فَاجْعَلِ الْمَسْأَلَةَ سِهَامَ غَيْرِ الآخِذِ ثُمَّ اجْعَلْ لِسِهَامِهِ مِنْ تِلْكَ النِّسْبَةِ فَإِنْ زَادَ خَمْسَةً لِيَأْخُذَ فَزِدْهَا عَلَى الْعِشْرِينَ ثُمَّ اقْسِمْ وَإِنْ مَاتَ بَعْضٌ قَبْلَ الْقِسْمَةِ وَوَرَثَتُهُ الْبَاقُونَ كَثَلاثَةِ بَنِينَ مَاتَ أَحَدُهُمْ أَوْ بَعْضٌ كَزَوْجٍ مَعَهُمْ وَلَيْسَ أَبَاهُمْ فَكَالْعَدَمِ وَإِلاَّ صَحِّحِ الأُولَى ثُمَّ الثَّانِيَةَ فَإِنِ انْقَسَمَ نَصِيبُ الثَّانِي عَلَى وَرَثَتِهِ كَابْنٍ وَبِنْتٍ مَاتَ وَتَرَكَ أُخْتًا وَعَاصِبًا صَحَّتَا وَإِلاَّ وَفْقَ بَيْنَ نَصِيبِهِ وَمَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ وَاضْرِبْ وَفْقَ الثَّانِيَةِ فِي الأُولَى كَابْنَيْنِ وَابْنَتَيْنِ مَاتَ أَحَدُهُمَا وَتَرَكَ زَوْجَةً وَبِنْتًا وَثَلاثَةَ بَنِي ابْنٍ فَمَنْ لَهُ شَيْءٌ فِي الأُولَى ضُرِبَ لَهُ فِي وَفْقِ الثَّانِيَةِ وَمَنْ لَهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّانِيَةِ فَفِي وَفْقِ سِهَامِ الثَّانِي وَإِنْ لَمْ يَتَوَافَقَا ضَرَبْتَ مَا صَحَّتْ مِنْهُ مَسْأَلَتُهُ فِيمَا صَحَّتْ مِنْهُ الأُولَى كَمَوْتِ أَحَدِهِمَا عَنِ ابْنٍ وَبِنْتٍ وَإِنْ أَقَرَّ أَحَدُ الْوَرَثَةِ فَقَطْ بِوَارِثٍ فَلَهُ مَا نَقَصَهُ الإِقْرَارُ تَعْمَلُ فَرِيضَةَ الإِنْكَارِ ثُمَّ فَرِيضَةَ الإِقْرَارِ ثُمَّ انْظُرْ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ تَدَاخُلٍ وَتَبَايُنٍ وَتَوَافُقٍ الأَوَّلُ وَالثَّانِي كَشَقِيقَتَيْنِ وَعَاصِبٍ أَقَرَّتْ وَاحِدَةٌ بِشَقِيقَةٍ أَوْ بِشَقِيقٍ وَالثَّالِثُ كَابْنَتَيْنِ وَابْنٍ أَقَرَّ بِابْنٍ وَإِنْ أَقَرَّ ابْنٌ بِبِنْتٍ وَبِنْتٌ بِابْنٍ فَالإِنْكَارُ مِنْ ثَلاثَةٍ وَإِقْرَارُهُ مِنْ أَرْبَعَةٍ وَهِيَ مِنْ خَمْسَةٍ فَتَضْرِبُ أَرْبَعَةً فِي خَمْسَةٍ بِعِشْرِينَ ثُمَّ فِي ثَلاثَةٍ يَرُدُّ الابْنُ عَشْرَةً وَهِيَ ثَمَانِيَةٌ وَإِنْ أَقَرَّتْ زَوْجَةٌ حَامِلٌ وَأَحَدُ أَخَوَيْهِ أَنَّهَا وَلَدَتْ حَيًّا فَالإِنْكَارُ مِنْ ثَمَانِيَةٍ كَالإِقْرَارِ وَفَرِيضَةُ الابْنِ مِنْ ثَلاثَةٍ تُضْرَبُ فِي ثَمَانِيَةٍ وَإِنْ أَوْصَى بِشَائِعٍ كَرُبُعٍ أَوْ جُزْءٍ مِنْ أَحَدَ عَشَرَ أَخَذَ مَخْرَجَ الْوَصِيَّةِ ثُمَّ إِنِ انْقَسَمَ الْبَاقِي عَلَى الْفَرِيضَةِ كَابْنَيْنِ وَأَوْصَى بِالثُّلُثِ فَوَاضِحٌ وَإِلاَّ وَفْقَ بَيْنَ الْبَاقِي وَالْمَسْأَلَةِ وَاضْرِبِ الْوَفْقَ فِي مَخْرَجِ الْوَصِيَّةِ كَأَرْبَعَةِ أَوْلادٍ وَإِلاَّ فَكَامِلِهَا كَثَلاثَةٍ وَإِنْ أَوْصَى بِسُدُسٍ وَسُبُعٍ ضُرِبَتْ سِتَّةٌ فِي سَبْعَةٍ ثُمَّ فِي أَصْلِ الْمَسْأَلَةِ أَوْ فِي وَفْقِهَا وَلاَ يَرِثُ مُلاعِنٌ وَمُلاعَنَةٌ.

متن الحطاب

ابن عمه ما بقي بالسواء، وقال أشهب يترجح الأخ للأم لأنه زاد [بولادة[2483]] الأم كالأخ الشقيق مع الأخ للأب، وأجيب للأول بأن زيادة ولادة الأم ليست في محل التعارض فلا توجب الترجيح، بخلاف مسألة الأخ الشقيق والأخ للأب ونحوهما. انتهى من التوضيح. وكذلك لو ترك المعتق ابني عم وأحدهما أخ لأم فالولاء بينهما نصفين عند ابن القاسم، وقال أشهب الولاء للأخ للأم. قاله في كتاب الولاء من المدونة وابن يونس.

418 ص: **والاثنا عشر لثلاثة عشر** ش: مثل الشارح في الشرح الصغير لقوله: "ثلاثة عشر"/ بزوجة وأبوين وأخت شقيقة أو لأب، وهذا سهو منه رحمه الله؛ فإن الأخوات لا يرثن مع الأب، ومثل لذلك في الوسط والكبير بزوجة وأخوين لأم وأخت شقيقة أو لأب وهو [الظاهر[2484]]؛ لأن للشقيقة أو التي

419 للأب النصف ستة وللزوجة الربع ثلاثة وللأخوين للأم الثلث أربعة الجملة ثلاثة عشر، / ومن أمثلة عولها لثلاثة عشر زوجة وأم وأختان شقيقتان أو لأب أو إحداهما شقيقة والأخرى لأب. والله أعلم.

420 ص: **وترك زوجا** ش: أي زوجة ويعين ذلك أن الكلام فيما إذا وافق/ سهام الميت الثاني مسألته

421 وإنما يتصور حيث يكون الميت أحد الابنين، وأما/ البنتان فسهام كل واحدة واحد، والواحد

الحديث ....

[2481] نس – قوله ورد هو بالبناء للفاعل وهو الحاسب أو القاسم لمناسبة قوله الآتي وقابل كما في عب.

[2482] نس – يقال صنف وفرض وجيز وطائفة ونوع وكلها مترادفة هـ بناني.

[2483] * – في المطبوع فولادة وما بين المعقوفين من يم171.

[2484] * – في م ويحيى518 ظاهر.

نص خليل

وتوءماها شقيقان وَلاَ رَقِيق وَلِسَيِّدِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ جَمِيعُ إرْثِهِ وَلاَ يُورِثُ إلاَّ الْمُكَاتَبُ وَلاَ قَاتِلٌ عَمْدًا عُدْوَانًاوَإِنْ أَتَى بِشُبْهَةٍ كَمُخْطِئٍ مِنَ الدِّيَةِ وَلاَ مُخَالِفُ فِي دِينٍ كَمُسْلِمٍ مَعَ مُرْتَدٍ أَوْ غَيْرِهِ وَكَيَهُودِيٍّ مَعَ نَصْرَانِيٍّ وَسِوَاهُمَا مِلَّةٌ وَحُكِمَ بَيْنَ الْكُفَّارِ بِحُكْمِ الْمُسْلِمِ إن لَّمْ يَأْبَ بَعْضٌ إلاَّ أَنْ يُسْلِمَ بَعْضٌ فَكَذَلِكَ إن لَمْ يَكُونُوا كِتَابِيِّيْنِ وَإلاَّ فَبِحُكْمِهِمْ.

متن الحطاب

422 [يباين[2485]] كل/ عدد، وإن كان الميت أحد الابنين تعين أن يكون المراد زوجة. والله أعلم.

ص: **وتوأماها شقيقان** ش: هذا هو المشهور، وقال المغيرة إنهما يتوارثان لأم كالمشهور في توأمي الزانية والمغصوبة، وقال ابن نافع إنهما شقيقان أيضا، وأما توأما المستأمنة والمسبية فقال في أول كتاب اللعان من البيان إنهما شقيقان، ولم يحك في ذلك خلافا، وقد تقدم الكلام على هذه المسألة في اللعان.

ص: **ولا رقيق** ش: وفي المدونة: [إذا أعتق[2486]] المديان ولم يعلم الغرماء حتى مات بعض قرابة المعتق لم يرثه؛ لأنه عبد حتى يجيز الغرماء العتق، فهو متردد بين الحرية والرق، وقريبه حر صرف، وإذا بتل عتق عبده في مرضه وله أموال متفرقة إذا جمعت خرج العبد من ثلثها فلا يرث قبل جمعها لأن المال قد يهلك فلم تتحقق الحرية. قاله في العتق الأول، وقال ابن يونس: إذا اشتريت عبدا فأعتقته وورث وشهد ثم استحق فإن أجاز المستحق البيع نفذ العتق والميراث، وإلا بطل الجميع، والفرق أن المديان متعد على الغرماء بخلاف المشتري، فلو علم المشتري بملك المستحق استوت المسألتان عند العتق. قال ابن يونس: وإن لم يعلم الغرماء حتى ورث ثم أجازوا نفذت الأحكام. انتهى.

ص: **ولا قاتل عمدا عدوانا** ش: ولو عفا عنه. قال في كتاب الوصايا من النوادر في ترجمة المدبر وأم الولد يقتلان السيد عن كتاب ابن المواز: وإذا قامت بينة على وارث أنه قتل مورثه عمدا، فأبرأه المقتول فإنه يتهم في إبرائه لأن ولده يرى أنه يوجب له ميراثا زال عنه بالقتل وهو عفو جائز لا يقتل به، ولكن لا يرثه بذلك ولا يكون [مصابه[2487]] وصية له من ثلثه لأنه يتهم ولكن لو لم يبرئه وقال نصيبه من الميراث هو له وصية فذلك له جائز؛ [لأنه[2488]] وصية لغير وارث، ومن كتاب ابن المواز والمجموعة: قال أشهب: إذا قامت بينة على وارث بالقتل عمدا فكذبهم بعض الورثة وصدقهم البعض فإن ما صار للمكذبين من ميراثهم يريد من الدية فهو للقاتل، وكذلك الموصى له بالوصية كما لو أقر الميت بدين لوارثه وصدقه بعض ورثته. انتهى.

تنبيه: احترز المؤلف بقوله: "عمدا عدوانا" مما لو كان عمدا غير عدوان. قال الفاكهاني: نحو أن يقتل الحاكم ولده قصاصا ونحوه فهذا يورث عندنا بلا خلاف أعلمه، وفي مذهب الشافعي ثلاثة أقوال. انتهى.

ص: **وإن [أتى[2489]] بشبهة** ش: يشير إلى ما قاله في النوادر: إذا قتل الأبوان [ابنهما[2490]]

الحديث

....

2485 *- في المطبوع بيان وما بين المعقوفين من ن عدود ص221.

2486 - في المطبوع عتق وما بين المعقوفين من م ويحيى518.

2487 - في المطبوع نصيبه وما بين المعقوفين من ن عدود ص422 ويم172 ويحيى518.

2488 - في المطبوع لأنه لأنه وما بين المعقوفين من ن عدود ص422 ويم172 ويحيى518.

2489 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص422 ويم ص151 ويحيى ص177 ومايابى 292.

2490 - في المطبوع ابناهما وما بين المعقوفين من ن عدود ص422 ويم ص151 ويحيى ص177 ومايابى292.

نص خليل

وَلاَ مَنْ جُهِلَ تَأَخُّرُ مَوْتِهِ وَوُقِفَ الْقَسْمُ لِلْحَمْلِ وَمَالُ الْمَفْقُودِ لِلْحكْمِ بِمَوْتِهِ وَإِنْ مَاتَ مُوَرِّثُهُ قُدِّرَ حَيًّا وَمَيِّتًا وَوُقِفَ الْمَشْكُوكُ فِيهِ فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةُ التَّعْمِيرِ فَكَالْمَجْهُولِ فَذَاتُ زَوْجٍ وَأُمٍّ وَأُخْتٌ وَأَبٍ مَفْقُودٌ فَعَلَى حَيَاتِهِ مِنْ سِتَّةٍ وَمَوْتُهُ كَذَلِكَ وَتَعُولُ لِثَمَانِيَةٍ وَتَضْرِبُ الْوَفْقَ فِي الْكُلِّ بِأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِلزَّوْجِ تِسْعَةٌ وَلِلأُمِّ أَرْبَعَةٌ وَوُقِفَ الْبَاقِي فَإِنْ ظَهَرَ أَنَّهُ حَيٌّ فَلِلزَّوْجِ ثَلاَثَةٌ وَلِلأَبِ ثَمَانِيَةٌ أَوْ مَوْتُهُ أَوْ مَضَى مُدَّةُ التَّعْمِيرِ فَلِلأُخْتِ تِسْعَةٌ وَلِلأُمِّ اثْنَانِ وَلِلْخُنْثَى الْمُشْكِلِ نِصْفُ نَصِيبَيْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى تُصَحِّحُ الْمَسْأَلَةَ عَلَى التَّقْدِيرَاتِ ثُمَّ تَضْرِبُ الْوَفْقَ أَوِ الْكُلَّ ثُمَّ فِي حَالَتَيِ الْخُنْثَى.

متن الحطاب

423 على وجه الشبهة وسقط/ عنهما القتل فالدية عليهما، ولا يرثان منها ولا من المال لأنه عدوان من الأجنبي. نقله في الذخيرة.

فرع: قال الفاكهاني: إذا جرح إنسان [موروثه[2491]] فمات الجارح قبل المجروح هل يرثه لم أقف عليه على نص وفي الروضة أنه يرث. انتهى.

قلت: ولا ينبغي أن يختلف في أنه يرث وهو ظاهر. والله أعلم.

ص: **ولا من جهل تأخر موته** ش:

فرع: من أنفذت مقاتله ومات له قريب حكى ابن رشد في رسم سماع ابن القاسم من كتاب الديات الخلاف في ذلك، وذكر ابن ناجي في شرح الرسالة عن ابن يونس أنه/ صوب قول من قال إنه لا يرث [منه.[2492]] انتهى. 424

ص: **وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى** ش: تقدم أن من موانع الإرث الشك وهو أقسام؛ الأول: [الشك[2493]] في تأخر موت أحدهما عن الآخر.

الثاني في الوجود، والكلام على الخنثى من وجوه الأول في ضبطه، وهو بضم الخاء المعجمة وسكون النون وبالثاء المثلثة وبعدها ألف تأنيث مقصورة، والضمائر الراجعة إلى الخنثى مذكرة وإن بانت أنوثته لأن مدلوله شخص صفته كذا وكذا، وجمعه خناثى وخناث.

الثاني: في اشتقاقه وهو مأخوذ من قولهم خنث الطعام إذا اشتبه أمره فلم يخلص طعمه المقصود [منه[2494]].

الثالث: في بيان معناه. قال في الصحاح: الخنثى الذي له ما للرجال والنساء جميعا. انتهى. وقال الفقهاء هو من له ذكر الرجال وفرج النساء وهذا هو الأشهر فيه، وقيل إنه يوجد منه نوع آخر ليس له واحد منهما وإنما له ثقب بين فخذيه يبول منه لا يشبه واحدا من الفرجين.

الرابع: في أقسامه والخنثى على قسمين مشكل وواضح، فأما من ليس له واحد من فرجي الرجال والنساء فقال الشافعية هو مشكل أبدا، وأما على مذهبنا فيمكن أن يكون واضحا بأن تنبت له لحية أو ثدي، وأما من له الآلتان فإن ظهرت فيه علامات الرجال حكم بذكوريته، وإن ظهرت فيه علامات النساء حكم بأنوثته، ويسمى من ظهرت فيه إحدى العلامتين واضحا، وإن وجدت فيه العلامات واستوت فيه فهو مشكل، فتحصل من هذا أن المشكل نوعان: نوع له الآلتان واستوت فيه العلامات،

الحديث ....

2491 *- في المطبوع وريثه وما بين المعقوفين من يم171.

2492 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 ويم ص151 ويحيى ص177 ومايابى 292.

2493 - ساقطة من المطبوع يحيى ص177 وما بين المعقوفين من ن عدود ص424 ويم ص151 ومايابى 292.

2494 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في منح الجليل، ج9 ص702.

نص خليل ....

متن الحطاب

ونوع ليس له واحدة من الآلتين وإنما له ثقب كما تقدم.

الخامس: في وجود الخنثى، أما الواضح فموجود بلا خلاف، واختلف في وجود الخنثى المشكل فالجمهور على إمكان وجوده ووقوعه، وعلى ذلك بنى أهل الفرائض والفقهاء مسائل هذا الباب، وذهب الحسن البصري من التابعين والقاضي إسماعيل من المالكية إلى أنه لا يوجد خنثى مشكل. قال الحسن: لم يكن الله عز وجل يضيق على عبد من عبيده حتى لا يدري أذكر هو أم أنثى، وقال القاضي إسماعيل لا بد له من علامة تزيل إشكاله.

السادس في أن الخنثى المشكل خلق ثالث مغاير للذكر والأنثى أو هو أحدهما لكن أشكل علينا، واستدل على ذلك بقوله: ﴿ وأنه خلق الزوجين الذكر والأنثى ﴾ فلو كان هناك خلق ثالث لذكره لأن الآية سيقت للامتنان. قال العقباني: ولقائل أن يقول إن الآية إنما سيقت للرد على الزاعمين أن لله تعالى ولدا فمنهم من زعم أن له ولدا ذكرا ومنهم من زعم أن له بنات فرد الله عليهم بأنه خلق النوعين فكيف يكون له منهما ولد وهو / الخالق لهما؟ ولم يزعم أحد أن له ولدا خنثى، فلم يحتج في الرد عليهم إلى ذكر الخنثى، واستدل أيضا بقوله: ﴿وبث منهما رجالا كثيرا ونساء﴾ وبقوله: ﴿يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور ﴾ قالوا فلو كان هناك خلق ثالث لذكره. انتهى. والجواب الواضح هو ما يأتي في السابع من أن الجمهور على أن الخنثى من أحد الصنفين، ولكن خفيت علينا علامته فتأمله. وخرج العقباني في شرح الحوفي من القول بأنه لا ميراث له أنه صنف ثالث قال: إذ لو كان لا يخلو عن أن يكون ذكرا أو أنثى لما حرمه الميراث، ولو لم يكن إلا أقل الميراثين لأنه مقطوع باستحقاقه، غير أن هذا القول نقل ابن حزم الإجماع على خلافه، وظاهر كلام الأئمة أنه ليس خلقا ثالثا. انتهى.

425

السابع: في ذكر أول من حكم فيه في الجاهلية والإسلام قال عبد الحق في تهذيب الطالب عن بعض شيوخه في النكاح الثاني منه، ونقله ابن عرفة إن أول من حكم فيه عامر بن الظرب في الجاهلية، نزلت به قضيته فسهر ليلته، فقالت له خادمه سخيلة راعية غنمه ما أسهرك يا سيدي؟ قال: لا تسألي عما لا علم لك به، ليس هذا من رعي الغنم. فذهبت ثم عادت وأعادت السؤال فأعاد جوابه فراجعته، وقالت: لعل عندي مخرجا، فأخبرها بما نزل به من أمر الخنثى فقالت أتبع الحكم المبال ففرح وزال غمه. زاد المتيطي: وكان الحكم إليه في الجاهلية فاحتكموا إليه في ميراث خنثى فلما أخبرته بذلك حكم به. الجوهري: والظرب بالظاء المعجمة وكسر الراء واحد الظراب، وهي [الروابي الصغار ومنه سمي [2495]]عامر بن الظرب العدواني أحد فرسان العرب. عبد الحق وغيره: ثم حكم به في الإسلام علي بن أبي طالب رضي الله عنه.انتهى باختصار. ابن عرفة: ويريد بما ذكر عن الجوهري أن الظرب بالظاء لا بالضاد كما يقوله ويكتبه كثير من الناس، وقوله: "أحد فرسان العرب" كذا في بعض نسخ الصحاح، وفي بعض النسخ الصحيحة المقروءة على أئمة اللغة أحد حكام العرب، ولفظ عبد الحق في التهذيب بعد ذكر قصة عامر: ثم حكم فيه علي بن أبي طالب في الإسلام بهذا الحكم بأن جعل الحكم للمبال، وهو أول من حكم بها في الإسلام. انتهى. وقال في [النهاية: [2496]] كان عامر حاكم العرب فأتوه في ميراث

الحديث ....

[2495] – في المطبوع الروابض الصغار منه وما بين المعقوفين من الصحاح، ج1 ص174 .

[2496] – في المطبوع التنبيهات وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 ويم ص151 ويحيى ص177 ومايابى 293.

نص خليل ....

متن الحطاب خنثى فأقاموا عنده أربعين يوما وهو يذبح لهم كل يوم، وكانت له أمة يقال لها سخيلة فقالت إن مقام هؤلاء أسرع في غنمك فقال ويحك لم تشكل علي حكومة قط غير هذه، فقالت له أتبع الحكم المبال. قال: فرجتها يا سخيلة فصارت مثلا. قال الأذرعي: وفي ذلك عبرة ومزدجر لجهلة قضاة الزمان [ومفتيه،[2497]] فإن هذا مشرك توقف في حكم حادثة أربعين يوما ولا قوة إلا بالله. انتهى من شرح شيخنا زكرياء للفصول.

قلت: وفيه عبرة من جهة أخرى وهي أن الحكمة قد يخلقها [الله تعالى[2498]] ويجريها على لسان من لا يظن به معرفتها، وأنه وإن عجز عن إدراكها أصحاب الفطنة والعقول المستعدة لذلك فقد يجريها الله على لسان من لم يستعد لها. والله الموفق.

وذكر ابن إسحاق القصة في السيرة قبل الكلام على استيلاء قصي على أمر مكة [فقال عامر[2499]] بن الظرب بن عمر [بن عياد[2500]] بن [يشكر[2501]] بن عدوان العدواني كانت العرب لا يكون بينها نائرة ولا عضلة في قضاء إلا أسندوا ذلك إليه ثم رضوا بما قضى فيه فاختصموا إليه في خنثى له ما للرجل وما للمرأة فقال حتى أنظر في أمركم، فوالله ما نزل بي مثل هذه منكم يا معشر العرب، فبات ليلته ساهرا يقلب في أمره وينظر في شأنه، لا يتوجه له فيه وجه، وكانت له جارية يقال لها سخيلة ترعى عليه غنمه فكان يعاتبها إذا سرحت فيقول أصبحت والله يا سخيل، وإذا أراحت عليه قال أمسيت والله يا سخيل، وذلك أنها كانت تؤخر [السرح[2502]] حتى يسبقها بعض الناس، وتؤخر الإراحة حتى يسبقها بعض الناس فلما رأت سهره وقلة قراره على فراشه قالت له ما لك

426 لا أبا لك ما عراك في ليلتك هذه؟ فقال:/ ويلك دعيني، أمر ليس من شأنك ثم عادت له بمثل قولها فقال في نفسه عسى أن تأتي بفرج فقال: ويحك اختصم إلي في ميراث خنثى فوالله ما أدري ما أصنع؟ فقالت سبحان الله لا أبالك أتبع القضاء المبال أقعده فإن بال من حيث يبول الرجل فرجل، وإن بال من حيث تبول المرأة فهو امرأة، فقال أمسي سخيل بعدها أو صبحي فرجتها والله ثم خرج على الناس حين أصبح فقضى بالذي أشارت عليه. انتهى.

قال أبو القاسم السهيلي المالكي في الروض الأنف: وذكر -يعني ابن إسحاق- عامر بن الظرب وحكمه في الخنثى وما أفتت به جاريته سخيلة وهو حكم معمول به في الشرع، وهو من باب الاستدلال بالأمارات والعلامات، وله أصل في الشريعة قال الله تعالى: ﴿ وجاؤوا على قميصه بدم كذب ﴾ وجه الدلالة أن القميص المدمى لم يكن فيه خرق ولا أثر أنياب ذئب، وكذا قوله: ﴿ إن كان قميصه قد من قبل ﴾ والله أعلم.

الثامن: في ميراثه اختلف العلماء في ذلك على أحد عشر قولا:

الحديث ....

2497 *- في المطبوع ومفتيه وما بين المعقوفين من يم172 ومايابى293 ويحيى519.

2498 - في المطبوع العلى وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 ويم ص151 ويحيى ص177 ومايابى 293.

2499 - في المطبوع ويحيى ص177 فقال أمر عامر وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 ومايابى 293.

2500 - ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص425 ويحيى ص177 ومايابى 293 (عياد).

2501 *- في المطبوع شكير وما بين المعقوفين من تصحيحات الشيخ محمد سالم.

2502 - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يم173 ومايابى294.

نص خليل ....

متن الحطاب

الأول: وهو المشهور أنه يجب له نصف الميراثين على طريقة ذكر الأحوال أو ما يساويها من الأعمال على أن يضعف لكل مشكل بعدد أحوال من معه من المشكلين.

الثاني: لابن حبيب [أن كل[2503]] وارث من الخنثى وغيره يضرب في المال بأكثر مما يستحق[2504] فيقتسمونه على طريقة عول الفرائض فإذا كان ولدان ذكر وخنثى ضرب الذكر بالثلثين لأنه أكثر ما يدعي وضرب الخنثى بالنصف لأنه أكثر ما يدعي.

الثالث: لابن حبيب أيضا أنه يأخذ ثلاثة أرباع المال فأقل فإن كان معه غيره ممن ليس بمشكل فإنه يضرب بثلاثة أرباع ما يضرب به الذكر فإن كان وحده ليس معه إلا من يحجبه لو كان ذكرا أخذ ثلاثة أرباع المال وأخذ العاصب الربع وإن كان معه ابن ضرب الخنثى بثلاثة أرباع النصف إذ النصف أكثر ميراثه فإن كان معه اثنان ضرب بثلاثة أرباع الثلث وإن كان معه بنت ضرب بثلاثة أرباع الثلثين.

الرابع: ما حكي عن مالك أنه قال هو ذكر زاده الله فرجا تغليبا لجانب الذكورية قال وقد غلب جانب الذكورية مع الانفصال –يعني في الخطاب– لو كان المخاطب رجلا واحدا وألف امرأة لخوطب الجميع خطاب الذكور فكيف وهو هنا متصل، والصحيح أنه لم يصح عن مالك فيه شيء. قال الحوفي: قال ابن القاسم لم يكن أحد يجتري أن يسأل مالكا عن الخنثى المشكل قال العقباني: انظر ما الذي هابوه من سؤال مالك عن الخنثى؟ انتهى. ولفظ المدونة: ما اجترأت على سؤال مالك عنه. انتهى.

الخامس: كالمشهور في غير مسائل العول، وأما [في[2505]] مسائل العول فينظركم التقادير في المسألة، وكم تقادير العول فيها، ويؤخذ بتلك النسبة من العول فيجعل عول المسألة، مثال ذلك عول الغراء ثلاثة، فلو فرضنا الأخت فيها خنثى فإنما يحصل العول في حالة التأنيث فقط، فللعول تعديل واحد ونسبته إلى حال الخنثى النصف، فيؤخذ نصف العول ويجعل ذلك عول المسألة فتكون مسألة التأنيث فيها عائلة إلى سبعة ونصف. وسيأتي كيفية حسابه، مثاله الغراء المتقدمة زوج وأم وجد وأخت خنثى مشكل، [فبتقدير[2506]] الذكورة المسألة من ستة بلا عول ويسقط الأخ وبتقدير الأنوثة المسألة من ستة، وتعول لتسعة، وتصح من سبعة وعشرين، والستة والسبعة والعشرون متوافقان بالثلث فتضرب اثنين في سبعة وعشرين فتصح المسألتان من أربعة وخمسين، فتضربها في حالي الخنثى تبلغ مائة وثمانية، فعلى تقدير التذكير للزوج النصف أربعة وخمسون، وللأم الثلث ستة وثلاثون، وللجد السدس ثمانية عشر، وعلى التأنيث للزوج ستة وثلاثون، وللأم أربعة وعشرون، وللجد اثنان وثلاثون، وللخنثى ستة عشر، فيجتمع للزوج تسعون له نصفها، وللأم ستون لها نصفها، وللجد خمسون له نصفها، وللخنثى ستة عشر له نصفها، وعلى هذا القول تعول مسألة التذكير من ستة. / ومسألة التأنيث من سبعة ونصف لأن العول

427

الحديث ....

2503 *- في المطبوع إن كان وما بين المعقوفين من يحيى520 ويم173 ومايابى294.

2504 *- في مايابى294 بأكثر ما يستحق.

2505 – ساقطة من المطبوع ويحيى ص178 وما بين المعقوفين من ن عدود ص426 ومايابى 294.

2506 *- في المطبوع فتقدير وما بين المعقوفين من مايابى295.

نص خليل ....

متن الحطاب ثلاثة يؤخذ نصفها، وذلك نسبة حالة العول إلى حالتي المسألة.
السادس: مثل الخامس إلا أنه يقول في الغراء إنما يضم الجد إلى سهام الأخت نصف سهامه؛ لأنه يقول إنما أضم جملة سهامي إلى جملة سهامك وأنت لم تستوفي جملة سهامك.
السابع: أن المال يقسم على أقل ما يدعيه كل واحد إلا أنه مختص بما إذا لم يؤد إلى سقوط أحد من الطالبين.
الثامن: مذهب الشافعي أنه يعطى كل واحد من الورثة الخنثى وغيره أقل ما يستحقه، ومن سقط في بعض التقادير لم يعط شيئا، ويوقف في المشكوك فيه كما في المفقود حتى يتبين أمره أو يصطلحوا على شيء.
التاسع: مذهب أبي حنيفة أنه يعطى الخنثى أقل ما يجب له ويعطى غيره أكثر ما يجب له ولا إيقاف.
العاشر: مثل الأول إلا أن الأحوال لا تتعدد بتعدد المشكلين، بل يقتصر على حالين فقط، وهو قول الثوري وأبي يوسف ومحمد بن الحسن، وعن أبي يوسف مثل قول أبي حنيفة، وعن محمد مثل القول الأول.
الحادي عشر: أنه لا شيء له وأنه لا يرث شيئا، وهذا القول نقله الغزالي، وحكى ابن حزم الإجماع على خلافه. والله أعلم.
التاسع: من أوجه الكلام على الخنثى هل هذا الميراث المجعول له [ميراث ثالث[2507]] مشروع مغاير لميراث الذكر والأنثى، أم لا ميراث في الشرع سوى أحد الميراثين، لكن لما تعذر علينا معرفة حاله توسطنا في ذلك؟ قال العقباني: هذا ينبني [على[2508]] أنه خلق ثالث، وليس هو أحد النوعين، وقد تقدم أن جماهيرهم على أنه ليس خلقا ثالثا فليس له ميراث ثالث، وبهذا يعلم الجواب عما اعترض به بعضهم على الفرضيين بأنهم بينوا في أول كتبهم مقادير المواريث من فرض أو تعصيب للذكور والإناث، ولم يبينوا مقدار ميراث الخنثى إلا في آخر كتبهم، والجواب أنه ليس له ميراث ثالث فيبين.
العاشر: في السبب الذي يتصور أن يرث به الخنثى فإن أسباب الإرث ثلاثة نسب ونكاح وولاء فأما ميراثه [من نسب فيتأتى[2509]] في الأولاد وأولاد الولد والإخوة والعصبات، ولا يتأتى في الآباء والأمهات لمنع نكاحه.
قال في المقدمات: ولا يكون الخنثى المشكل زوجا [ولا[2510]] زوجة ولا أبا ولا أما، وقد قيل إنه قد وجد من ولد له من بطنه وظهره، فإن صح ذلك ورث من ابنه لصلبه ميراث الأب كاملا ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملا وهو بعيد.انتهى. غير أن الاخوة إن كانت من الأم فلا يتأتى فيها اختلاف في

الحديث ....

2507 *- في المطبوع ميراثا ثالثا وما بين المعقوفين من مايابى295 ويحيى520.
2508 *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من مايابى295 ويحيى520 ويم173.
2509 *- في المطبوع بالنسب فسيأتي وما بين المعقوفين من يحيى520.
2510 - في المطبوع زوجا لا زوجة وما بين المعقوفين من ذي ص427 ويحيى520.

نص خليل ....

متن الحطاب التقدير لأن ميراث الإخوة لأم لا يختلف [بالذكورة[2511]] والأنوثة، وكذلك الأخوات مع البنات فإنهن عصبات، وسيأتي في أثناء شرح قول المصنف: "فإن بال من واحد أو كان أكثر أو أسبق" مزيد بيان فيما إذا ولد للخنثى من ظهره وبطنه، وأما ميراثه بالنكاح فلا يتأتى إلا عند من يجيز نكاحه، وسيأتي الكلام على حكم نكاحه في الوجه الرابع عشر، وإذا ورث به فلا يتغير ميراثه، وأما ميراثه بالولاء فيرث من الولاء ما يرثه النساء، ولا يختلف ميراثه في ذلك بالذكورة والأنوثة. قال العقباني: قالوا ولا يرث غير ذلك؛ لأن الولاء إنما يورث بالتعصيب المستكمل، ولا يستكمل الخنثى تعصيبا. قال: قلت ويلزم أن لا يرث بالبنوة؛ لأن الولد إذا كان وحده لا يرث إلا استكمالا أو نصفا، وهكذا نقول في كل مسألة [هنا وفي البحث[2512]] نشأ القول الذي ذكره الغزالي وهو أن الخنثى لا يرث.

فرع: قال العقباني: وانظر لو كان لإنسان عم خنثى فولد من ظهره ذكرا، ثم مات الخنثى ثم ابن أخيه فهل يرث منه ابن الخنثى جميع المال لأنه ابن عم أم لا يرث أكثر مما كان يرث أبوه الذي يدلي به، أو يقال إن أباه لما ولد من ظهره تعين للذكورة فزال عنه الإشكال؟ اللهم إلا أن يكون له ولد أيضا من بطنه. انتهى. وذكر ابن عرفة واللخمي والمتيطي الكلام على الخنثى في كتاب النكاح فاعلمه. والله أعلم.

428 **الحادي عشر**: في كيفية العمل في مسائل الخنثى، ولنذكر هنا كلام المصنف. قال:/ رحمه الله: "وللخنثى المشكل نصف نصيبي ذكر وأنثى" يعني أن الخنثى إذا كان واضحا فميراثه كميراث الصنف الذي التحق به، وإن كان مشكلا فله نصف نصيب ذكر ونصف نصيب أنثى ثم ذكر كيفية العمل في ذلك فقال: "تصحح المسألة على التقديرات" يعني أنه إن كان في المسألة خنثى واحد فتصحح المسألة على تقدير أنه ذكر ثم تصححها على تقدير أنه أنثى، وليس في هذا إلا تقديران، وإن كان فيها خنثيان فتصحيحها على تقدير كونهما ذكرين، وعلى تقدير كونهما انثيين، وعلى تقدير كون أحدهما [ذكرا[2513]] والآخر أنثى، وعلى عكسه فتجيء أربع تقديرات، ولا يلزم أن الثالث والرابع سواء بل قد يكون كذلك. وقد يختلف كما لو كان أحدهما أخا والآخر ابنا، وإن كان في المسألة ثلاثة خناثى فيأتي فيها ثمان تقديرات وإن كانوا أربعة فستة عشر تقديرا وهكذا، فتصحح على كل تقدير مسألته. قال المصنف: "ثم تضرب الوفق أو الكل" يعني ثم تضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو تضرب أحدهما في الآخر إن تباينا، وسكت عن التماثل والتداخل لوضوح ذلك، والمعنى أنك تحصل أقل عدد ينقسم على كل من المسائل المذكورة، وقد علمت أن في ذلك طريقين أسهلهما أن تنظر بين اثنين منهما فتكتفي بأحدهما إن تماثلا، وبأكثرهما إن تداخلا، وبالحاصل من ضرب وفق أحدهما في الآخر إن توافقا، أو ضرب كله في كل الآخر إن تباينا، ثم تنظر بين الحاصل والثالث وهكذا، ثم قال: "ثم في حالي الخنثى" يعني

الحديث ....

[2511] *- في المطبوع بالذكورية وما بين المعقوفين من مايابى295 ويم173.

[2512] *- في المطبوع وفي هذا البحث وما بين المعقوفين من يحيى521 ويم173 ومايابى296.

[2513] *- في المطبوع ذكر وما بين المعقوفين من يحيى521 ويم174.

نص خليل

وَتَأْخُذُ مِنْ كُلِّ نَصِيبٍ مِنَ الاثْنَيْنِ النِّصْفَ وَأَرْبَعَةٍ الرُّبْعَ فَمَا اجْتَمَعَ فَنَصِيبُ كُلٍّ كَذَكَرٍ وَخُنْثَى فَالتَّذْكِيرُ مِن اثْنَيْن وَالتَّأْنِيثُ مِنْ ثَلاثَةٍ تَضْرِبُ الاثْنَيْن فِيهَا ثُمَّ فِي حَالَتَي الْخُنْثَى لَهُ فِي الذُّكُورَةِ سِتَّة وَفِي الأنُوثَةِ أَرْبَعَة فَنِصْفُهَا خَمْسَة وَكَذلِكَ غَيْرُهُ وَكَخُنْثَيَيْنِ وَعَاصِبٍ فَأَرْبَعَة أَحْوَالٍ تَنْتَهِي لأَرْبَعَةٍ وَعِشْرِينَ لِكُلِّ أحَدَ عَشَرَ وَلِلْعَاصِبِ اثْنَان.

متن الحطاب

إذا حصلت أقل عدد ينقسم على مسألة الخنثى أو على مسائله فاضرب ذلك العدد في حالتي الخنثى يريد إذا كان واحدا وإن [كانا[2514]] اثنين ففي أحوالهما وذلك أربعة وإن كانوا ثلاثة ففي أحوالهم وذلك ثمانية ثم تقسم العدد الحاصل على كل مسألة من مسائل الخنثى والخناثى ويجمع لكل وارث ما يخرج له في كل قسمة فما اجتمع بيد كل وارث من المسائل كلها أخذت منه جزءا بنسبة الواحد إلى حالة الخنثى أو الخناثى، فإن كان الخنثى واحدا فليس إلا حالان ونسبة الواحد إليهما النصف فيأخذ نصف ما اجتمع لكل واحد من الورثة، وإن كان الخنثى اثنين فالأحوال أربعة، ونسبة الواحد إليها ربع فيأخذ لكل وارث ربع ما اجتمع له وإن كان الخنثى ثلاثة، فالأحوال ثمانية، ونسبة الواحد إليها الثمن فيعطى لكل واحد ثمن ما اجتمع له وهذا معنى [قوله: [2515]]

ص: وتأخذ من كل نصيب من الاثنين النصف ش: فقوله من الاثنين بدل من قوله: "من كل نصيب" ونصيب مجرور بإضافة كل إليه، وفي الكلام حذف يبينه ما بعده تقديره [ويأخذ[2516]] كل من كل نصيب بنسبة الواحد إلى عدد أحوال الخنثى فمن الاثنين النصف وهكذا. والله أعلم. فيحتمل أن يريد/ المصنف بقوله: "فيأخذ من كل نصيب إلى آخره" ما ذكرنا ويحتمل أن يريد أنه إذا قسمت العدد الحاصل من ضرب الجامعة في أحوال الخنثى على كل مسألة فما خرج لكل وارث في تلك المسألة تأخذ منه بنسبة الواحد إلى أحوال الخنثى ثم مثل رحمه الله لذلك بمثالين أحدهما فيه خنثى واحد والآخر فيه خنثيان ففي المثال الأول إذا كان في المسألة ابن ذكر سوي وخنثى [فبتقدير[2517]] كون الخنثى ذكرا تكون المسألة من اثنين وبتقديره أنثى تكون من ثلاثة وأقل عدد ينقسم عليهما ستة لتباينهما فتضرب الاثنين فيها أي في الثلاثة لتباينهما تحصل ستة والخنثى متحد فله حالتان فقط فتضرب الستة في اثنين يحصل اثنا عشر تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل واحد ستة وعلى مسألة التأنيث يحصل للذكر السوي ثمانية وللخنثى أربعة فتجمع ما حصل لكل واحد منهما في المسألتين فيجتمع لابن البنت أربعة عشر وللخنثى عشرة ونسبة الواحد إلى أحوال الخنثى النصف لأنه ليس له في مسألتنا إلا حالتان فيعطى لكل واحد نصف ما اجتمع له فيكون لابن البنت سبعة وللخنثى خمسة ومجموعهما اثنا عشر وإن شئت فخذ من النسبة الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التذكير نصفها وهو ثلاثة لكل واحد من الاثنين البنت والخنثى ومن الثمانية الحاصلة للابن

429

الحديث

[2514] *- في المطبوع كان وما بين المعقوفين من مايابى296 ويم174.

[2515] *- في المطبوع قول وما بين المعقوفين من مايابى296 ويم174 ويحيى521.

[2516] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص428 ومايابى 296 (ويم ص153 ويحيى ص179 وتاخذ).

[2517] *- في المطبوع فتقدير وما بين المعقوفين من مايابى297 وفي يم174 بتقدير ص429.

نص خليل ....

متن الحطاب السوي الخارجة من قسمة الاثني عشر على مسألة التأنيث نصفها وهو أربعة، وضمه للثلاثة التي حصلت له في مسألة التذكير يكون المجموع سبعة وخذ نصف الأربعة الحاصلة للخنثى في مسألة التأنيث وهو اثنان وضمه للثلاثة الحاصلة له في مسألة: التذكير يكون المجموع خمسة كما تقدم، والمثال الثاني إذا ترك الميت ولدين خنثيين وعاصبا فلا بد من أربعة مسائل مسألة تذكيرهما من اثنين ولا شيء للعاصب ومسألة تأنيثهما من ثلاثة وكذلك مسألة تذكير أحدهما وتأنيث الآخر وعكسه، فالثلاث المسائل الأخيرة متفقة فتكتفي بأحدهما وتضربه في مسألة التذكير لتباينهما [يحصل[2518]] ستة تضربها في أحوال الخناثى وهي أربعة يحصل أربعة وعشرون، تقسمها على مسألة التذكير يحصل لكل خنثى اثنا عشر ولا شيء للعاصب وعلى مسألة التأنيث يحصل لكل من الخنثيين والعاصب ثمانية [ثمانية[2519]] وعلى تقدير تذكير أحدهما وتأنيث الآخر يحصل للذكر ستة عشر، وللأنثى ثمانية ولا شيء للعاصب وكذا على تقدير عكسه.

فيحصل لكل واحد من الخنثيين في المسائل الأربع أربعة وأربعون، وللعاصب ثمانية فقط، ونسبة الواحد إلى أحوال الخناثى أربعة فيؤخذ لكل وارث ربع ما حصل له ولكل من الخنثيين ربع ما بيده وهو أحد عشر ربع الأربعة والأربعين، وللعاصب اثنان ربع الثمانية وإن شئت فخذ لكل واحد ربع ما يخرج له في كل مسألة واجمع ذلك يحصل أيضا أحد عشر لكل واحد من الخنثيين واثنان للعاصب. والله أعلم. هذا أحد طرق العمل على القول المشهور، وذكر ابن عرفة في شرح الحوفي للعمل على المشهور أربع طرق وللعمل على القول الآخر طرقا أخرى، وقد ذكر الشارح هنا عن ابن خروف أنه اعترض [على الفرضيين في عملهم[2520]] على هذه الطريق وأنها خطأ، وذكر طريقا أخرى مخالفة لما تقدم، وناقشه في ذلك العقباني، وقال [إن ما[2521]] ذكره يتفرع على القول بأن التركة تقسم على الدعاوي، وهو مخالف لهذا القول، وأطال في ذلك فتأمله. والله أعلم.

الثاني عشر من أوجه الكلام على الخنثى في العلامات التي يستدل بها على [ذكورته وأنوثته:[2522]] وكان ينبغي تقديم هذا الوجه كما فعل غالب الفرضيين، لكن تبعنا المصنف في تأخير الكلام عليه فأول العلامات التي يستدل بها على ذلك البول. قال العقباني: ففي النسائي أنه عليه الصلاة والسلام قال: {يورث من حيث يبول[1]} لكنه ضعيف السند.

430 قال العقباني: نعم وضعيف/ المتن لأن الكلام في الاستدلال على توريثه لا في الإرث عنه إلا أن يكون لفظ يورث بفتح الواو وتشديد الراء لا بسكون الواو وتخفيف الراء فيستقيم حينئذ المتن. انتهى.

قلت: والظاهر أن لفظ الحديث كذلك. والله أعلم. قال في المدونة: ويحكم في الخنثى بمخرج البول في نكاحه وميراثه وشهادته وغير ذلك، وما اجترأنا على سؤال مالك عنه. انتهى. وقال ابن يونس: ومن

الحديث 1 – عن ابن عباس رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن مولود ولد له قبل وذكر من أين يورث فقال النبي صلى الله عليه وسلم يورث من حيث يبول، البيهقي في سننه الكبرى، ج6 ص261.

[2518] *– في يحيى521 تحصل.

[2519] – ساقطة من المطبوع ويم ص153 ويحيى ص179 وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 ومايابى 297.

[2520] – ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من ن عدود ص429 ويم ص153 ويحيى ص179 ومايابى 297.

[2521] *– في المطبوع فإنما وما بين المعقوفين من يحيى521.

[2522] *– في المطبوع ذكوريته وأنوثيته وما بين المعقوفين من يحيى521 ويم174 ومايابى297.

نص خليل
فَإِنْ بَالَ مِنْ وَاحِدٍ أَوْ كَانَ أَكْثَرَ أَوْ أَسْبَقَ أَوْ نَبَتَتْ لَهُ لَحْيَةٌ أَوْ ثَدْيٌ أَوْ حَصَلَ حَيْضٌ أَوْ مَنِيٌّ فَلاَ إِشْكَالَ والله تعالى أعلم.

متن الحطاب
المدونة قال ابن القاسم: الحكم في الخنثى بمخرج البول، فإن كان يبول من ذكره فهو رجل، وإن كان يبول من فرجه فهو جارية لأن النسل من المبال وفيه الوطء فيكون ميراثه وشهادته وكل أمره على ذلك وما اجترأنا على سؤال مالك عنه. انتهى. ونقل اللخمي عن ابن القاسم نحوه. ثم قال: قوله المراعى ما يكون منه الولد صحيح، وقوله إنه يخرج من مخرج البول غير صحيح؛ لأن مخرجه غير مخرج الحيض الذي هو مخرج الولد ومحل الوطء. انتهى. ونقله ابن عرفة وقبله.

وقال العقباني: عندي أنه لا تلزمه هذه المضايقة، وإنما قصد أن البول إذا خرج من الذكر دل على أن المني يخرج من الذكر وأن الفرج الآخر لا يخرج منه مني ولا ولد، وأن البول إذا خرج من الفرج دل على أن ذلك هو محل الوطء وأنه لا يكون بالذكر فعلى هذا يحمل كلامه.انتهى. فإن بال من أحد الفرجين فقط حكم بأنه من أهل ذلك الفرج. قال العقباني: ويستدل بالبول قبل غيره لعموم الاستدلال به في الصغير والكبير ولدوام وجوده فإن كان صغيرا لا يحرم النظر إلى عورته نظر إليه، وإن كان كبيرا فقيل ينظر في المرآة وقيل يبول على حائط أو متوجها إلى حائط قريب فيستدل باندفاع البول على الحائط أو إلى الحائط على الذكورة وبخلاف ذلك على الأنوثة، فلو بال من المحلين اعتبر الأكثر والأسبق، وأنكر [الشعبي[2523]] اعتبار الأكثر ورآه متعذرا، وقال: أيكال البول أو يوزن، واختلف إذا كان أحدهما الأكثر والآخر الأسبق. انتهى. وإلى هذا أشار المصنف بقوله:

ص: فإن بال من واحد وكان أكثر أو أسبق ش: أي فلا إشكال، وظاهر كلام المصنف وكلام العقباني تقديم اعتبار الكثرة على السبق، وهو صريح كلام الجواهر الآتي، وهو خلاف ما قاله اللخمي وابن يونس، وقبله أبو الحسن. قال اللخمي: قال ابن حبيب: فإن بال منهما فمن حيث سبق، فإن لم يسبق أحدهما فمن حيث يخرج الأكثر، فإن لم يكن أحدهما أسبق ولا أكثر وكانت له لحية كان على حكم الغلام وإن لم تكن له لحية وكان له ثدي فعلى حكم المرأة، فإن لم يكونا أو كانا كان له نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى، ولا يجوز له نكاح.انتهى. وقال ابن يونس: فإن بال منهما جميعا فمن أيهما سبق.

قال أيوب: فإن خرج منهما معا فقال أبو يوسف وبعض أصحاب أبي حنيفة ينظر من أيهما خرج أكثر فيكون [له[2524]] الحكم. قال شيخنا عتيق: وأنكر ذلك الشعبي، وقال: أيكال البول أو يوزن؟ والأولى ما قالته الجماعة؛ لأن الأقل تبع للأكثر في أكثر الأحكام، ونقل شيخنا زكرياء في شرح الفصول عن القاضي أظنه الماوردي أنه قال: أسكت أبو حنيفة أبا يوسف في الخنثى، فإنه سأل أبا حنيفة بم تحكم في الخنثى؟ فقال: بالبول. فقال: أرأيت لو كان يبول بهما؟ فقال: لا أدري. فقال أبو يوسف: لكني أدري أحكم بأسبقهما. فقال: أرأيت لو استويا في الخروج؟ فقال: أحكم بالكثرة. فقال أبو حنيفة: أيكال أم يوزن؟ فسكت أبو يوسف. انتهى. وقد صرح الشافعية بأنه يحكم بالمتأخر إذا استويا في الخروج، وأما إذا سبق أحدهما فالحكم له ولو تأخر الآخر، ولو بال من أحدهما مرة ومن

الحديث
....

[2523] - في المطبوع الشافعي وما بين المعقوفين من ن عدود ص430 ويم ص175 ويحيى ص180 ومايابى 298.

[2524] - ساقطة من المطبوع وقد وردت في يحيى522 ومايابى298 ويم175.

نص خليل ....

متن الحطاب الآخر أخرى، أو سبق أحدهما تارة والآخر أخرى فالعبرة بالأكثر، فإن استويا فمشكل. والله أعلم. فإن لم يتبين في البول أمر أمهل إلى البلوغ، فإن أمنى من أحد الفرجين فواضح أو حصل حيض أو حمل أو نبتت له لحية أو ثدي/ حكم له بما يقتضيه. قال العقباني: ولا شك أن أقوى ذلك الولادة، فإن حصل ولادة من البطن قطع بالأنوثة أو من الظهر قطع بالذكورة، إلا أنها لا يكاد يقطع بها، وقيل إنها نزلت بعلي رضي الله عنه وهي أن رجلا تزوج بابنة عمه وكانت خنثى فوقعت على جارية لها فأحبلتها فقال له علي هل أصبتها بعد إحبال الجارية قال: نعم. قال علي إنك لأجرأ من خاصي الأسد فأمر علي بعد أضلاع الخنثى فإذا هو رجل فزياه بزي الرجال، وانظر لو وقع مثل هذا فإن وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عندي أن الحكم لولادة البطن لأنها قطعية، وقد روي عن قاسم بن أصبغ أنه رأى بالعراق خنثى ولد له من صلبه وبطنه. قال العقباني: وانظر أي نسب بين المولودين وهل بينهما توارث؟ والظاهر لا نسب بينهما ولا ميراث، وفي جواز النكاح بينهما إن [كانا[2525]] ذكرا [وأنثى[2526]] نظر. انتهى.

431

قلت: ما ذكره من أنه إذا وقعت الولادة من الظهر والبطن فالظاهر عنده أن الحكم لولادة البطن، فكأنه لم يطلع على كلام المقدمات المتقدم. ذكره في الوجه العاشر من أنه يرث من ابنه لصلبه ميراث الأب كاملا ومن ابنه لبطنه ميراث الأم كاملا، وأما ما ذكره من الحكم بين المولودين فقال في التوضيح: قال أبو عبد الله بن قاسم ورأيت لمالك في بعض التعاليق أن مثل هذين لا يتوارثان لأنهما لم يجتمعا في ظهر ولا بطن فليسا أخوين لأب ولا أم انتهى.

قلت: وأطلق الفاكهاني عليهما لفظ الاخوة ونظر فيما إذا ملك أحدهما الآخر هل يعتق عليه أم لا؟ ونصه في شرح قول الرسالة: "ومن [ملك[2527]] أبويه الخنثى المشكل" إذا ولد له من ظهره وبطنه فملك أحد الأخوين أخاه فهل يعتق عليه؟ لم أر فيه نقلا فلينظر. انتهى. فعلى ما تقدم من أنه لا نسب بينهما ولا توارث ولا إخوة لأب ولا لأم فلا يعتق أحدهما على الآخر. والله أعلم. وفي الجواهر: إذا كان ذا فرجين فيعطى الحكم لما بال منه فإن بال منهما اعتبرت الكثرة من أيهما، فإن استويا اعتبر السبق فإن كان ذلك منهما معا اعتبرنا اللحية وكبر الثديين ومشابهتهما لثدي النساء، فإن اجتمع الأمران اعتبر الحال عند البلوغ، فإن وجد الحيض حكم به، وإن وجد الاحتلام حكم به، وإن اجتمعا فمشكل، وإن لم يكن له فرج النساء ولا الرجال وإنما له مكان يبول منه انتظر بلوغه، فإن ظهرت علامة [تميز[2528]] وإلا فمشكل. انتهى. ونقله في الذخيرة، ثم قال [بعده:[2529]] وإذا انتهى الإشكال عدت الأضلاع فللرجال ثمانية عشر ضلعا من الجانب الأيمن، ومن الأيسر سبعة عشر، وللمرأة ثمانية عشر من كل جانب لأن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم الأيسر فبقي الذكر ناقصا

الحديث ....

2525 *- في المطبوع كان وما بين المعقوفين من يم175 ومايابى299.

2526 *- في المطبوع أو أنثى وما بين المعقوفين من يم175 ومايابى299 ويحيى522.

2527 *- في المطبوع مالك وما بين المعقوفين من يم175 ويحيى522 ومايابى299.

2528 *- في المطبوع تمييز وما بين المعقوفين من يم175 ومايابى299 وفي يحيى522 علامة تميزه ص431.

2529 *- في المطبوع بعد وما بين المعقوفين من يحيى522.

نص خليل ....

متن الحطاب ضلعا من الجانب الأيسر، قضى به علي رضي الله عنه. انتهى. وقال ابن يونس إثر كلامه المتقدم في الأسبق والأكثر: فإن بال منهما جميعا متكافئا فمشكل في حد الصغر، ثم ينظر في كبره وبلوغه فإن نبتت له لحية ولم ينبت له ثدي فهو رجل؛ لأن اللحية علامة التذكير، وإن لم تنبت لحية وخرج ثدي فهو امرأة؛ لأن الثدي يدل على الرحم وتربية الولد، فإن لم ينبتا أو نبتا [جميعا نظر، فإن حاضت فهي امرأة، وإن احتلم فهو ذكر، فإن حاض واحتلم أو لم يكن شيء[2530]] من ذلك فمشكل عند من تكلم على الخنثى إلا على قولة شاذة ذهب إليها بعض الناس أنه ينظر إلى عدد أضلاعه، ثم ذكر ما ذكره القرافي وزاد إن الله سبحانه وتعالى لما خلق آدم ألقى عليه النوم فاستل من جانبه الأيسر ضلعا خلق منه حواء. ثم قال: وعند هذا القائل لا يكون مشكلا في صغر أو كبر.

قال أيوب: وإليه ذهب الحسن البصري، وتبعه عمرو بن عبيد قال: والجماعة على خلافهما.انتهى. وذكر العقباني قول من يعد الأضلاع، وقال إن منهم من يقول أضلاع الرجل ستة عشر وأضلاع المرأة سبعة عشر ومنهم من يقول أضلاع الرجل سبعة عشر وأضلاع المرأة ثمانية عشر،/ واتفقوا على أن أضلاع الرجل تساوي أضلاع المرأة من أحد الجانبين، واختلفوا من أي جانب الزيادة، والذين قالوا إن المرأة تزيد بضلع اعتمدوا في ذلك ما رواه الطبراني عن بعض التابعين، ورواه ابن عباس أن حواء خلقت من ضلع من أضلاع آدم وهي القصرى استلت منه وهو نائم وأيد هذا بما في الصحيحين من قوله عليه السلام: {إن المرأة خلقت من ضلع أعوج[1]} الحديث، وفي إثبات الأحكام بمثل هذا ضعف، والعيان يدل على خلافه، فقد أطبق خلق كثير من أهل التشريح على أنهم عاينوا أضلاع الصنفين متساوية العدد. انتهى. والضلع بكسر الضاد المعجمة وفتح اللام وتسكين اللام جائز. قاله في الصحاح. وقول علي رضي الله عنه: "أجرأ من خاصي الأسد فأجرا بالهمز من الجرأة وهي الشجاعة، وخاصي الأسد بلا همز من خصى يخصي. والله أعلم. ولم يعتبر الشافعية الأضلاع ولا اللحية ولا الثدي ولا نزول [المني[2531]] على الأصح عندهم، وذكروا له علامة أخرى وهي ميله إلى أحد الصنفين، وقالوا إنه يصدق في ذلك.

432

الثالث عشر إذا حكم له بأحد الأمرين بعلامة ثم حدثت علامة أخرى: قال العقباني: لم أقف فيه على شيء إلا ما رأيته لبعض أشياخي، ونصه: إن حكم له بأنه ذكر بعلامات، ثم جاءت علامات أخرى تدل على أنه أنثى أو بالعكس لم ينتقل عما حكم به أولا كأن يكون يبول من الذكر ثم جاء الحيض، أو كان يبول من الفرج ثم جاءت اللحية. قال الشيخ: كذا كان الشيخ يقول. انتهى. وللشافعية قريب من ذلك وهو أنه إذا ظهرت علامة ميله إلى جهة الرجال وقبل قوله في ذلك، ثم ظهرت علامة أخرى غير الولادة لم يبطل قوله، وتقييدهم بغير الولادة ظاهر. والله أعلم.

الحديث 1 – مسلم في صحيحه، كتاب الرضاع، رقم الحديث 1468، ط. دار إحياء التراث العربي، ولفظه عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم، إن المرأة كالضلع إذا ذهبت تقيمها كسرتها وإن تركتها استمتعت بها وفيها عوج.
- البخاري في صحيحه، كتاب النكاح، رقم الحديث 5186، ط. دار الفكر.

2530 – ساقطة من المطبوع ويم175 ويحيى522 وما بين المعقوفين من ن عدود ص431.

2531 – في المطبوع ومايابى 300 يحيى ص181 يم ص155 اللبن وما بين المعقوفين من ن عدود ص432.

نص خليل ....

متن الحطاب **الرابع عشر** في حكم نكاحه يمتنع النكاح في حقه من الجهتين. قال ابن عرفة في باب النكاح: عبد الحق: لا يطأ ولا يوطأ، وقيل يطأ أمته. انتهى. وفي التوضيح هنا ابن القاسم يمتنع النكاح من الجهتين. انتهى. وفي كلام اللخمي إثر ما تقدم له عن ابن حبيب: ولا يجوز له نكاح يريد لا ينكح ولا ينكح انتهى. وقال الشافعية إنه يخير في أن ينكح بأحد الجهتين، وقال ابن عرفة في أول كلامه: لا ينكح ولا ينكح. ابن المنذر عن الشافعي: ينكح بأيهما شاء ثم لا ينتقل عما اختاره. انتهى. قال العقباني بعد نقله قول الشافعي: ولعله يريد إذا اختار واحدا وفعله، أما مجرد الاختيار دون فعل فلا ينبغي أن يمنعه من اختيار [الطرف[2532]] الآخر ثم إنه بحث في إباحة النكاح فانظره ونحوه في ابن يونس.

الخامس عشر في حكم شهادته. قال ابن عرفة: اللخمي عن ابن حبيب: ويحكم فيه بالأحوط في صلاته واستتاره وشهادته. قال العقباني: سلوك الأحوط في شهادته أن لا تقبل إلا في الأموال ويعد في شهادته امرأة

السادس عشر في سهمه في الجهاد إذا غزا. قال ابن عرفة في مختصر الحوفي: وسهمه في الجهاد ربع سهم واستشكل، [وقيل[2533]] نصف، وقال في مختصره الفقهي: وفي كون الواجب له إن غزا ربع سهم أو نصف سهم. نقل الصقلي عن المذهب مع قول عبد الحق وابن عبد الحكم مع نقل الشعبي عن بعض أهل العلم.

السابع عشر في حده إذا زنى بذكره أو فرجه أو زني به. قال ابن عرفة: قال -يعني أبا عمران- قيل إن زنى بذكره لم يحد لأنه كأصبع وبفرجه يحد. المتيطي: في حده إن ولد من فرجه قولا بعضهم وأكثرهم لحديث: {ادرؤا الحدود بالشبهات[1]} واختاره بعض الموثقين ونزلت بجيان فاختلف فيها فقهاؤنا فأفتى ابن أيمن وغيره بنفي الحد ووضع الخنثى ابنا ومات من نفاسه. قال ابن عرفة: فيتحصل في حده ثالثها إن ولد، وينبغي أن يتفق عليه لأن ولادته من فرجه دليل على أنوثته، ومفهوم أقوالهم أنه إن زنى بذكره لم يحد ورأيت في بعض التعاليق مثله لابن عبد الحكم قال ويؤدب ومثله في نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم، وفي بعض التعاليق عن/ [ابن[2534]] عبد الحكم من وطىء خنثى غصبا حد زاد الشعبي عن بعض أهل العلم وعليه نصف المهر. 433

قلت: هذا على قول الأقل، وعلى قول الأكثر وابن أيمن لا يحد إلا أن يقال إشكاله كصغر الأنثى يحد واطئها ولا تحد، وفيه نظر.

الحديث 1 - عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرءوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فإن وجدتم للمسلم مخرجا فخلوا سبيله فإن الإمام ان يخطئ في العفو خير له من أن يخطئ في العقوبة، السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الحدود، دار الفكر بيروت، ج8 ص238.

[2532] - في المطبوع العرف وما بين المعقوفين من ن عدود ص432 ويم ص155 ويحيى ص181 ومايابى 300.

[2533] *- في المطبوع وقال وما بين المعقوفين من يم176 ومايابى300.

[2534] *- ساقطة من وما بين المعقوفين من يم176 ومايابى301.

نص خليل ....

متن الحطاب **قلت:** الأظهر أنه إن زنى بفرجه وذكره حد اتفاقا. انتهى. واقتصر ابن يونس وعبد الحق [على[2535]] أنه إن زنى بذكره لا يحد، وإن وطىء في فرجه كان عليه الحد، ونقله أبو الحسن ولم يحك غيره.

الثامن عشر: في الكلام على قذفه. قال ابن عرفة: حد قاذفه يجري على حده.

التاسع عشر: في سجنه إذا سجن ويسجن [وحده[2536]] لا مع الرجال ولا مع النساء. نقله ابن عرفة عن بعض التعاليق.

العشرون: في إمامته تقدم في فصل الجماعة أن إمامته لا تجوز، وتبطل صلاة من اقتدى به

الحادي والعشرون: في محله في صلاة الجماعة. قال ابن عرفة عن اللخمي: ويتأخر عن صفوف الرجال، ويتقدم على صفوف النساء، وسيأتي في الثاني والعشرين كلام ابن عبد الحق وابن يونس.

الثاني والعشرون: في استتاره في الصلاة. تقدم في كلام ابن عرفة عن اللخمي أنه يحتاط. قال العقباني: فليستتر ستر النساء، وقال في تهذيب عبد الحق: ولا يصلي إلا مستترا في آخر صفوف الرجال وأول صفوف النساء. انتهى. وقال ابن يونس: قال بعض فقهائنا: ولا يصلي إلا مستترا في آخر الرجال وأول صفوف النساء.

الثالث والعشرون: قال العقباني: انظر هل يقرأ في الصلاة الجهرية سرا ويسجد، أو يقال إنما السجود للسهو؟ ألا ترى أن من عجز عن الجهر وقدر على السر لا يسجد. انتهى.

الرابع والعشرون: في مس فرجه هل ينقض وضوءه؟ تقدم للمصنف في فصل نواقض الوضوء أنه ينقض وقال الشارح إنه مخرج على من أيقن بالوضوء وشك في الحدث، والمذهب [في[2537]] ذلك وجوب الوضوء.

الخامس والعشرون: في حكمه في اللبس في الحج. قال ابن عرفة عن بعض التعاليق إنه يلبس ما تلبس المرأة ويفتدي. ابن عرفة: ظاهره يلبس ما تلبسه المرأة ابتداء، والأظهر أن ذلك فيما يجب على المرأة ستره وفي غيره لا يفعله ابتداء فلا يلبس إلا لحاجة. انتهى. وهذا هو الظاهر، وقال سند: وإذا لم يجد يوم عرفة مركوبا يقف عليه للدعاء دعا جالسا كالمرأة، ولا يقف كالرجل.انتهى. قاله في باب الحج.

السادس والعشرون: يحتاط في الحج فلا يحج إلا مع ذي محرم، لا مع جماعة رجال فقط ولا مع نساء فقط. ابن عرفة: إلا أن [يكنَّ[2538]] جواريه أو ذوات محارمه. انتهى.

السابع والعشرون: فيمن يغسله إذا مات. قال ابن عرفة في النكاح في بعض تعاليق أبي عمران عن ابن أخي هشام: إن مات اشتري له خادم تغسله. انتهى. ووجهه واضح لأنه إن كان ذكرا فهي أمته، وإن كان أنثى [فهي[2539]] امرأة، إلا أنها تؤمر بستره، وهذا مما يدل على أنه أحد الصنفين

الحديث ....

[2535] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يحيى523 ومايابى301.

[2536] - في المطبوع وحد وما بين المعقوفين من ن عدود ص433 ويم176 ويحيى523.

[2537] *- ساقطة من المطبوع وما بين المعقوفين من يم176 ومايابى301 ويحيى523.

[2538] - في المطبوع يكون وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج9 ص719.

[2539] *- في المطبوع فهو وما بين المعقوفين من يحيى524 ويم176 ومايابى301.

نص خليل ....

متن الحطاب في نفس الأمر، ولكنا لم نطلع عليه، وهذا إذا كان له مال، فإن لم يكن له مال وأمكن أن تشترى من بيت المال فالظاهر أنه يشترى له منه جارية، فإن لم يمكن ذلك فالظاهر أنه [ييمم.[2540]] انتهى. وقد صرح بذلك الشيخ يوسف بن عمر في شرح الرسالة عند قوله: وإن كان مع الميتة ذو محرم منها، ونصه: وإن مات المشكل فإنه يشترى[2541] له جارية من ماله تغسله إن كان له مال، فإن لم يكن له اشتريت له من بيت المال إن كان هناك وإن لم يكن يمم ودفن.

الثامن والعشرون: في موضع نعشه في صلاة الجنائز، وقد تقدم ذلك في صلاة الجنائز في كلام المصنف.

التاسع والعشرون: في محل وقوف الإمام في الصلاة عليه لم أر فيه نصا والظاهر أنه يقف عند منكبيه احتياطا وهذا على جهة الأولى. والله أعلم.

الثلاثون: في ديته. قال السهيلي: ديته كإرثه أي نصف دية ذكر ونصف دية أنثى، وكذا قال [القلشاني[2542]] في جوابه المنظوم في مسائل الخنثى، وقال ابن عرفة: وفي نوازل الشعبي عن بعض أهل العلم في قطع ذكره نصف ديته ونصف حكومته./ 434

الحادي والثلاثون: إذا ادعى مشتري واحد من الرقيق أنه خنثى غطى فرجه ونظر الرجال ذكره وغطى ذكره ونظر النساء فرجه.

الثاني والثلاثون: إذا ادعى أحد الزوجين بعد النكاح أنه خنثى. قال ابن عرفة: إنه مثل مسألة الرقيق. قال: ونزلت بتونس وفسخ نكاحها، وفي نظر الرجال لذكره والنساء لفرجه على القول بالنظر للفرج في عيب الزوجين احتمال للفرق بتحقق ذكورة الرجل.

الثالث والثلاثون: هل يوجد [الخنثى[2543]] في غير الآدميين قال النووي في تهذيب الأسماء واللغات: قال صاحب التنبيه في أول كتاب [الزكاة:[2544]] يقال ليس في شيء من الحيوانات خنثى إلا في الآدميين والإبل. قال النووي: قلت: وقد يكون في [البقر،[2545]] وقد جاءني جماعة أثق بهم يوم عرفة سنة أربع وسبعين وستمائة [فقالوا[2546]] إن عندهم بقرة خنثى ليس لها فرج الأنثى ولا ذكر الثور، وإنما لها خرق عند ضرعها يجري منه البول، وسألوا عن جواز التضحية بها فقلت لهم تجزئ لأنها ذكر أو أنثى وكلاهما يجزئ ليس فيه ما ينقص اللحم وأفتيتهم فيه. انتهى.

قلت: [وهذا[2547]] مما يدل على ما تقدم أن الخنثى ليس خلقا ثالثا وفي [إجزاء[2548]] التضحية به

الحديث ....

2540 *- في المطبوع يمم وما بين المعقوفين من يحيى524 ومايابى302 ويم176.

2541 *- في مايابى302 فإنه تشترى.

2542 *- في المطبوع المقلشاني وما بين المعقوفين من يحيى524 ويم176 ومايابى302.

2543 – في المطبوع لخنثى وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 ويم ص155 ويحيى ص182 ومايابى 302.

2544 – في المطبوع لزكاة وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 ويم ص155 ويحيى ص182 ومايابى 302.

2545 – في المطبوع ولبقر وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 ويم ص155 ويحيى ص182 ومايابى 302.

2546 – في المطبوع قال وما بين المعقوفين من منح الجليل، ج9 ص720.

2547 – ساقطة من المطبوع (ويحيى ص182 وهذا يدل) وما بين المعقوفين من ن عدود ص434 ومايابى 302.

نص خليل ....

متن الحطاب بحث ثالث من جهة أخرى وهو أنه ناقص الخلقة إلا أن يقال إن هذا النقص لا يضر بمنزلة الخصاء،
435 وهذا هو الظاهر. والله أعلم. وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه وسلم تسليما./.

الحديث ....

[2548] *- في المطبوع إجراء وما بين المعقوفين من يحيى524 ومايابى302.

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

فهرسة الفروع والتنبيهات والفوائد مثبتة في المجلد السابع الخاص بالفهارس

الحطاب

مواهب الجليل في شرح مختصر الشيخ خليل

تأليف إمام المالكية في عصره:

أبي عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن المالكي المغربي

الشهير بالحطاب 902 هـ - 954 هـ

ومعه

مختصر الشيخ خليل

تأليف الشيخ خليل بن اسحاق الجندي المالكي

(ت، 776 هـ)

بتعليق

الشيخ محمد يحيى بن محمد الأمين بن أبوه الموسوي اليعقوبي الشنقيطي

(ت، 1349هـ)

تصحيح وتحقيق دار الرضوان للنشر

راجع التصحيح

الشيخ محمد سالم بن محمد علي بن عبد ودود (عدود)

المباركي الشنقيطي

راجع تصحيح الحديث وتخريجه

الشيخ اليدالي بن الحاج أحمد

اليعقوبي الشنقيطي

المقدمة بقلم الدكتور محمد بياه بن محمد ناصر

كلية الآداب - جامعة نواكشوط

المجلد السادس

الناشر دار الرضوان لصاحبها أحمد سالك بن محمد الأمين بن ابوه

نواكشوط - موريتانيا

الإيداع القانوني رقم: 1046 – 2010
لدى المكتبة الوطنية وزارة الثقافة والشباب والرياضة
نواكشوط – موريتانيا

الناشر : دار الرضوان للنشر
لصاحبها : أحمد سالك بن محمد الأمين بن أبوه

الطبعة المحققة الأولى 1431/ 2010

بسم الله الرحمن الرحيم

ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ ٱلَّذِى هَدَىٰنَا لِهَٰذَا وَمَا كُنَّا لِنَهْتَدِىَ لَوْلَآ أَنْ هَدَىٰنَا ٱللَّهُ .

إِنَّ ٱللَّهَ وَمَلَٰٓئِكَتَهُۥ يُصَلُّونَ عَلَى ٱلنَّبِىِّ ۚ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ صَلُّوا۟ عَلَيْهِ وَسَلِّمُوا۟ تَسْلِيمًا .

{ اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد اللهم بارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على آل إبراهيم إنك حميد مجيد } .

{ اللهم صل على سيدنا محمد النبي الأمي وعلى آله وصحبه وسلم تسليما } .

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ شَهِدَ ٱللَّهُ أَنَّهُۥ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ وَٱلْمَلَٰٓئِكَةُ وَأُو۟لُوا۟ ٱلْعِلْمِ قَآئِمًۢا بِٱلْقِسْطِ ۚ لَآ إِلَٰهَ إِلَّا هُوَ ٱلْعَزِيزُ ٱلْحَكِيمُ ﴿١٨﴾ ﴾ آل عمران: ١٨

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَمَا كَانَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لِيَنفِرُوا۟ كَآفَّةً ۚ فَلَوْلَا نَفَرَ مِن كُلِّ فِرْقَةٍ مِّنْهُمْ طَآئِفَةٌ لِّيَتَفَقَّهُوا۟ فِى ٱلدِّينِ وَلِيُنذِرُوا۟ قَوْمَهُمْ إِذَا رَجَعُوٓا۟ إِلَيْهِمْ لَعَلَّهُمْ يَحْذَرُونَ ﴿١٢٢﴾ ﴾ التوبة: ١٢٢

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ يَرْفَعِ ٱللَّهُ ٱلَّذِينَ ءَامَنُوا۟ مِنكُمْ وَٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْعِلْمَ دَرَجَٰتٍ ۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ﴿١١﴾ ﴾ **المجادلة: ١١**

{من يرد الله به خيرا يفقهه في الدين} . رواه البخاري ومسلم

{إنما الأعمال بالنية} . رواه البخاري ومسلم

{إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة إلا من صدقة جارية أو علم ينتفع به أو ولد صالح يدعو له} . رواه مسلم

محتويـــــات الكتاب

اختصارات:

- نسخة الشيخ أحمد بن أحمذي: ن ذي؛
- نسخة الشيخ محمد عالي بن عبد الودود: ن عدود؛
- نسخة الشيخ أحمد بن حبيب بن الزائد: ن الزائد؛
- نسخة المعهد الموريتاني للبحث العلمي: م؛
- نسخة الشيخ سيدي عبد الله بن الحاج إبراهيم: سيد؛
- نسخة الشيخ سيدي بن الهيب: الشيخ؛
- نسخة أهل مايابى (محمد الكرامي): ما يابى؛
- نسخة أهل يا متالي (محمد بن يا متالي) يم: أو مت؛
- نسخة زاوية الهامل، مدينة بوسعداة، ولاية بسكره، الجزائري: يحيى
- وضعت نجمة (*) بعد رقم الهامش للتصحيحات التي أضافتها دار الرضوان ولم تصحح من لدن الشيوخ
- وضعت خطا مائلا(/)عند بداية كل صفحة من صفحات طبعة1328هـ.
- يرد حرف الحاء هكذا: ح .. هي حاء مهملة مفردة والمختار أنها مأخوذة من التحول لتحوله من الإسناد إلى إسناد ...النووي على مسلم، ج.1، ص.38.

بعض اصطلاحات المالكية

الاخوان	الإمام	الشيخ	الشيخان	الصقليان	القاضيان	القرينان	محمد	المحمدان	المحمدون
مطرف وابن الماجشون	المازري	ابن أبي زيد	ابن أبي زيد وابن القابسي	ابن يونس وعبد الحق	ابن القصار وعبد الوهاب	أشهب وابن نافع	ابن المواز	ابن المواز وابن سحنون	ابن عبد الحكم وابن المواز وابن عبدوس وابن سحنون

الاختصارات الواردة في تعليقات الشيخ محمد يحي بن ابوه الموسوي اليعقوبي على مختصر الشيخ خليل

بن: الشيخ محمد البناني
تت: التتائي
الثمان: ثمان الدرر للشيخ عبد القادر بن محمد بن محمد سالم
ح: أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الحطاب
خش: أبو عبد الله محمد بن عبد الله الخرشي
س: سالم السنهوري
سر: الميسر للشيخ محنض بابه بن عبيد
سق: محمد بن عرفة الدسوقي
الشارح: بهرام أبو عبد الله الدميري
شب: الشبرخيتي
ضيح: التوضيح للشيخ خليل بن إسحاق
طفى: مصطفى الرماصي
عب / عبق: سيدي عبد الباقي الزرقاني
عج: علي الأجهوري
عدوي: علي بن أحمد الصعيدي العدوي
غ: محمد بن أحمد بن غازي العثماني
ق: أبو عبد الله محمد بن يوسف المواق
القاموس: مجد الدين الفيروزبادي
كلمة (نص): تعني تعليقات الشيخ محمد يحي على مختصر الشيخ خليل .
ما بين المعقوفين [ ]: هو ما تم تصحيحه
المطبوع: طبعة دار السعادة 1328-1329هـ ومكتبة النجاح، ومطبعة الفكر 1978م
مق: ابن مرزوق